شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المجلد السادس

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان




مؤسسة عبد الحفيظ البساط
لتجليد وصنع الكتاب
بيروت لبنان





شرح فتح القدير
للعاجز الفقير



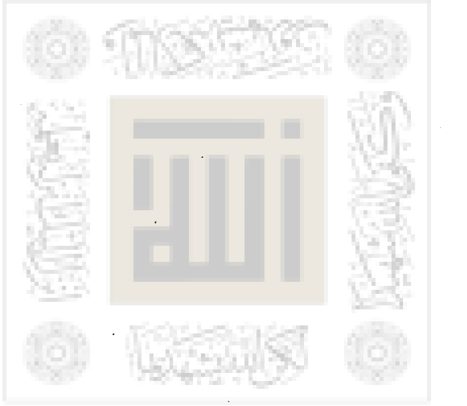
شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار احياء التراث العربي
بيروت - لبنان





الجزء السادس

﴿الجزء السادس﴾

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير
تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام
الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ مع
الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية
شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي
الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني
الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ في
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير والكفاية في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي جلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال في كشف الظنون)

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنعوا قبلها في الشرع من كتب
فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

دار احياء التراث العربي

(باب خيار العيب)

أخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه اذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة أى سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب فى عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء ابن خالد بن هوذة عبد الاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة المرض فى الجوف والكبد والرئة ٣ فان المرض ما يكون فى سائر البدن والداء ما يكون فى الجوف والكبد والرئة وفيما روى عن أبى يوسف أنه قال الداء المرض والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هى الاستحقاق وقيل هى الجنون وفى هذا تنصيص على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن

(باب خيار العيب)

العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب خيار العيب)

(واذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير

(باب خيار العيب)

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة فى خيار العيب اضافة الشئ الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا (قوله واذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغى أن يكون له على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو ما لم يشترط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فما علقه البخارى حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لى النبى صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين فى المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد المجيد بن وهب أبو وهب قال قال لى العداء بن خالد بن هوذة ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله

(باب خيار العيب)

(قوله لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة) لان الغالب فى الاشياء هو السلامة فيقع العقد على ذلك

ى

العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل فى حقيقة البيع وعند فواته ينتفى الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب أن المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء انعقد (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لان الفائت وصف اذ العيب اما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن والسوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض فى زمانه والزنا والدفر والبخر فى الجارية وفى ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لان الثمن اما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثانى أو بالعكس لا سبيل الى الاول والثانى لئلا يؤدى الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث (قوله فى مجرد العقد) احترازا عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

(قوله ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لان الرضا داخل فى حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم (قوله ينتفى الرضا) أقول أى ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما

كى لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن

عليه وسلم قال قلت بلى فأخرج لى كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففى هذا أن المشترى العداء وفى الاول أنه النبى صلى الله عليه وسلم وصحح فى المغرب أن المشترى كان العداء وتعليق البخارى انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففى قوله عليه الصلاة والسلام بيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما فى سنن أبى داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وفسر الخطابى الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التى يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبى من له عهد يقال هذا سبى خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبى طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك فى المبيع من عيب وتفسيره للداء يوافق تفسير أبى يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض فى الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشرى الغائلة الخصلة التى تغول المال أى تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلان السلامة لما كانت هى الاصل فى المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كى لا يتضرر بالزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) أى نقصان العيب وبه قال الشافعى خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشترى فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالما به لطول ممارسته له فى مدة كونه فى يده ولذا بعينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضى بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه أنزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشئ كما جعل عالما بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشئ بل يتخير فى أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين فى دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ فى مقابلة فواته شيأ وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا المعروضه غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة

الوصف لان كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتمييز فيأبى أن يغبن أو يغبن وروى أن النبى عليه السلام اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب فى صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد لا غائلة ولا خبثة وهذا تنصيص على أن العقد يقتضى السلامة فى المبيع عن العيب والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون (قوله لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) لان الثمن عين

يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك (قوله وفى ذلك كله فوات وصف) أقول وكون فوات الجزء فواته الوصف يعلم مما أسلفه الشارح فى أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدى الى مزاحمة التبع الاصل) أقول أنت خبير بان المزاحمة فى الاول وفى الثانى ترجيح التبع على الاصل فليتأمل (قوله كما تقدم) أقول فى أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان أى قيمته أو أرشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفى امساكه وأخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه ان الضرر مالا يخفى والمشترى وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة فى أخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بان المبيع كان فى يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشترى فانه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أى رؤية العيب عند احدى الحالين رضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة) فالنقص بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله) قال (والاباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) الذى يعقل اذا أبق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو أبقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان أبقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال فى الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده فى سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا فى المأكولات الا كل فان سرقتها من مولاها ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشترى فى حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما (٤) فاذا

فى مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله (والاباق والبول فى الفراش والسرقة فى الصغير عيب ما لم يبلغ

فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشترى وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول وحكما بان امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشترى بعيب آخر أو لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التى أتلفها جزء مبيع لانها تبع محض *(فرع)* لو صالح المشترى البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعى فى وجه وفى وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه فى خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشترى به (فى عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع فى كونه عيبا أو لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل بمجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوى على العمل وكما فى جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والاباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجرى مجرى البدل من الصغير واذا كان

فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عرض غير متقوم فانى يقابله عين متقوم ولان الثمن لا يخلو اما أن يقابل بالوصف والاصل وفيه تسوية بين التبع والاصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الاصل أو بالاصل دون الوصف وهو المرام (قوله فى مجرد العقد) احترز به عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط به نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشترى أو لحق الشرع بالجناية ولانه لو أمسكه وأخذ النقصان لتضرر به البائع لانه ما رضى بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن ولو أمسكه ولا يأخذ النقصان لتضرر به المشترى وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرر البائع فصرنا اليه فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب فى السليم لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب فعلى ذلك ينبغى أن لا يثبت الخيار للمشترى ههنا اذا ظهر السليم معيبا وان كان يتضرر به المشترى أو يثبت الخيار هناك للبائع أيضا كما يثبت للمشترى ههنا قلنا المبيع كان فى يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فاما المشترى فانه ما رأى المبيع أصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشترى من غير علم حصل به فيثبت له الخيار (قوله والاباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) وفى الايضاح والسرقة والبول فى الفراش فى حالة الصغر قبل أن يأكل وحده

فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فله أن يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول فى الفراش فى الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء فى باطنه والاباق فى الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذى لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال

ذلك عيبا فى الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشترى فى الصغر له أن يرده به ثم قال القدورى (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع فى صغره ووجدت عند المشترى بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول فى الفراش) للصغير (لضعف المثانة وبعد الكبر لداء فى الباطن والاباق فى الصغير لحب اللعب والسرقة) فى الصغير (لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن) فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشترى فى الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يرده بها واذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور فى المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذى كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشترى حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشترى بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة

ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرا وكذا الاباق وبعض مشايخنا قالوا البول فى حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه وأما اذا كان ابن سنة أو سنتين فليس ذلك بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان لا يأمن من السارق على مال نفسه وفى حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء وقيل وما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين أو ما أشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب فى السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره الا فى المأكولات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لا لاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب والاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف بين المشايخ وتكلموا فى أنه هل يشترط الخروج من البلدة وهذا لان الاباق انما كان عيبا لانه يوجب فوات المنافع على المولى وفى حق هذا المعنى السفر وما دونه سواء وفى نوادر بشر عن أبى يوسف رحمه الله رجل اشترى أمة وأبقت عنده ثم وجدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لو أبقت من رجل كانت عنده باجارة أو عارية أو وديعة ولو أبقت من الغاصب الى مولاها فهذا ليس باباق وان أبقت فلم ترجع الى الغاصب ولا الى المولى وهى تعرف منزل مولاها وتقوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاها أو لا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفى الفوائد الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهى أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له أن يرد وان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد ما أعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة فى الكتب ثم قال رضى الله عنه كان والدى رحمه الله يقول ينبغى أن يسترده استدلالا بمسئلتين احداهما أن الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له أن يرده فان تعيب عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع أن يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له أن يسترده والا فله ذلك والبلوغ ههنا لا بالمداواة فكان له أن يسترده (قوله حتى يعاوده بعد البلوغ فى يد البائع ثم بيعه فيعاوده فى يد المشترى فحينئذ يكون عيبا) وحاصل الكلام

فى حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع فى صغره وعند المشترى فى كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء مختلف بالصغر والكبر على ما قال فى الكتاب

(والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشترى فيه أو في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشترى

لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب أي لا يرد به وقوله والمراد من الصغير الى آخره تقييد للصغير الذي ذكر أنه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشترى يرد بان يكون صغيرا يعقل وأما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الامالي عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستنجي وحده واذا قدر بها حد وما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي يأكل وحده الى آخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة عجيبة هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشترى كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والدي يقول ينبغي أن يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى قاضيخان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا أنه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له أن يرده وفي غيره فلا فقيل له فلو اشترى أرضا فنزت عند المشترى وقد كانت تنز عند البائع قال له أن يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا أن يجيء ماء غالب أو كان المشترى رفع شيأ من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدرى انه عينه أو غيره قال القاضي الامام يشكل بما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشترى الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشترى وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت أشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشترى في الصغر أو في الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور في لفظ محمد (وليس معناه انه لا يشترط المعاودة) للجنون (في يد المشترى) كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود

أن هذه الاشياء لو كانت قائمة به حالة الصغر ثم عاوده في يد المشترى في حالة الصغر كان له الرد وكذلك لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشترى لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشترى بعد البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع (قوله والجنون في الصغر عيب أبدا) أي سواء عاوده في يد المشترى وهو صغير أو بالغ وفي الذخيرة واختلف المشايخ في فصل الجنون أن معاودة الجنون في يد المشترى هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجوده عند البائع يرده واليه مال شمس الائمة

لان

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشترى في كبره يرد به وليس معناه ان المعاودة في يد المشترى بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في حماليق عينيه

لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من أثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور

لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبخر والدفر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود

الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشترى فهذا غلط (لان الله تعالى قادر على ازالته) أي ازالة سببه (وان كان قلما يزول) وقد حققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر وان طعن المشترى بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشترى أو جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه واباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو أبق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر اباق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاضيخان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا أن يفحش فيكون عيبا فيهما دونه وقيل اذا كان العبد أمرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل أدفر وامرأة دفراء ومنه للسب يقال يا دفار معدول عن دافرة ويقال شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما باعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره وأقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس أبجر وفي الصحابة غالب بن أبجر أو قابوس وسمي به فرس لعنترة وكذا الادر وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو

الحلواني وشيخ الاسلام رحمهما الله وهو رواية المنتقى وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد المشترى شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب وأما يوم وليلة فما دونه فليس بعيب وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والبخر نتن رائحة الفم والدفر رائحة مؤذية هي من الابط كذا في المبسوط وذكر في المغرب الدفر مصدر دفر اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن وأما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة لرائحة أيما كانت ومنه مسك أذفر وابط ذفراء وهو مراد

في الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والبخر عيب في الجارية) الدفر رائحة مؤذية تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة ومنه مسك أذفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بزنا أمه وليسا بمخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا أن يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف اليه (قوله والثاني بطلب الولد) أقول خص الثاني باخلال طلب الولد مع أن الاول مخل به أيضا لاختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعير بزنا أمه) أقول وتأبى النفس من الاستيلاد ممن يعير بسراية ذلك الى ولده

اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدى الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتى اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراها على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لانه زوال العيب وزوال الشئ لا يكون اباه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده (٨) لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون

في الجارية هو الاستفراش وطلب الولد والزنا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

من يسيل الماء من منخريه والبخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا انه يخل بالمقصود من طلب الولد لانه اذا كانت ولد زنا عير الولد بامه وقوله (الا أن يكون الزنا له عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعنى المشايخ (لان اتباعهن يخل بالخدمة) اذ كلما وجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضيخان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال و يزداد بالحدود ضعفا في نفسه انتهى بل وفي عرضه وربما تأذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليبين من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعنى عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أى في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يامنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو أنه ان كان دينا يتأخر الى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بان اشترى شيأ بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الا أن يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض) في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ فحقيقة التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغى أن يدعى باحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا أن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذى لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول

الفقهاء في قولهم والبخر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية (قوله ولو اشتراه على أنه كافر فوجده

العلوج والجواب ان هذا أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشترى بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد أو سنتين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله انها لم تحض لحبل بها أو لداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفى قول عدل واحد منهم وقيدنا بان تكون الدعوة بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك و بان تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض أو على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع ويعتبر كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التى خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الاولى ان يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أى عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعليل الذى ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل مخل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

و يعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله و يعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض و بعده وهو الصحيح

طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل و يثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيخان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا بينة له استحلف كما سنذكر (و يعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنها (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة و يعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الامة) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استحلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عما روى عن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشترى اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة و زفر بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع أهي كما ذكر المشترى فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشترى وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال وان طلب المشترى يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشترى شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى يعد عيبا وان أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستحلف وهذا ينبو عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيخان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشترى شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشترى كان له أن يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر و ينبغى أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول زفر سنتان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هنالك ليست واردة هنا لان الحكم هنالك يستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة و زفر هنالك بسنتين لانه أكثر مدة الحبل فاذا مضتا ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التى لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا ولا يتجه اناطته بسنتين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدى الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على

مسلما لا يرده وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله له أن يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستجيز من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده تمكن من رده وأصحابنا قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرئ من عيب فكانه اشتراه على أنه معيب فاذا هو سليم (قوله فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح) وعن محمد رحمه الله ترد قبل القبض بلا يمين البائع لان البيع قبل القبض ضعيف

أوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في بطنها والداء عيب و يعرف ذلك أى الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة و بشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احترز بقوله هو الصحيح عما روى عن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض ينفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد صحيفة

مضى مدة معينة بما ذكروه ماذكرنا ظهر أنه لا يحتاج فى دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل أوداء فى الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لالانه لا يكون الاعن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيخان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع فى أوانه فقد ادعى العيب و يكفى شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع فى أوانه وهو العيب لانه ان كان فى الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفى فى الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذى يجب أن يعول عليه والا فقلما يظهر للطبيب داء بمتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية ألا ترى الى قوله و يعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتابى وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل فى دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء أو النساء فظهر ان ماذكر فى النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل فى دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج فى توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقريرا لما فى الكتاب بل ماذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطؤهم وكذا ماذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف انه اذا قال المشترى ليست بكرا وقال البائع بكر فى الحال فان القاضى يريها النساء فان قلن هى بكر لزم المشترى من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الاصل البكارة وان قلن هى ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين و يقضى بالنكول على ما فى الكتاب والعتابى وغيرهما وفى البكارة لابد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول أبى يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وماذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ماعن أبى يوسف ومحمد فى ذلك انما هو فى دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما فى الهداية وقاضيخان والعتابى وهو ما صححناه أن يدعى الانقطاع فى الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع به ماردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع فى الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ماوجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع فى الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشترى يدعيه فقد صرح فى النهاية بما قدمناه من أنه اذا أنكر الانقطاع فى الحال لا يستحلف عند أبى حنيفة و يستحلف عندهما و يجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم انها منقطعة عند المشترى فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمرى قلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن أين له العلم بانها عند المشترى لم تحض وكان المذكور فى النهاية مبنى على ماذكره هو فى صورة الخصومة وأما على ما فى الهداية فان القول قولها فى الانقطاع و يمكن أن يجرى فيه أيضا وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعى عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر اذا فحشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط فى غير أوانه دليل الداء وفى أوانه دليل الكبر والعشا أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسر وهو أن يعمل بهما معا فانه زيادة حسن والقشم وهو يبوسة الجلد وتشنج فى الاعضاء والغرب وهو ورم فى المآقى وربما يسيل منه شئ فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن و به سمى الاشتر والظفر هو بياض يبدو فى

حتى علك المشترى الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضا وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا فى

قال

قال (واذا حدث عند المشترى عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لان فى الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما و يعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لانه رضى بالضرر

انسان العين وحرب العين وغيرها والشعر والقبل فى العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا

* تراهن يوم الروع كالحدإ القبل * والماء فى العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فاما القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمشش وهو ورم فى الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج فى مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من ابهامى الرجل الى أخرى وقال محمد ابن الاعرابى الاحنف الذى يمشى على ظهور قدميه وتناصل شعر الرأس والصدف وهو التواء فى أصل العنق وقيل ميل فى البدن والشدق سعة مفرطة فى الفم والتخنث قيل اذا فحش أو كان يأتى بافعال رديئة والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الاكل فى البقرة ونحوها وكثرته فى الانسان وقيل فى الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أفرط وعدم المسيل فى الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة أو سوداء والعثار فى الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا أكل العذار والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة اذا علق عليه فيها أو كثرة التراب فى الحنطة ترد به بخلاف ما اذا كان معتاد اليس له أن يميز التراب و يرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على أن فيه كذا من السمن أو قميصا على أن فيه عشرة أذرع والمشترى ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له (قوله واذا حدث عند المشترى عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو ألزمناه به معيبا تضرر (ولابد من دفع الضرر عن المشترى فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشترى فله ذلك (لانه رضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم الا أن

ظاهر الرواية لا قول للامة فى ذلك واعلم أن المشترى اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضى يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع فى مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ادعى الانقطاع فى مدة مديدة تسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبى يوسف رحمه الله و باربعة أشهر وعشر عند محمد رحمه الله وعند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله بسنتين فاذا عرفت المديدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضى مجتهدا يقضى بما أدى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتيقن وهو سنتان فاذا ادعى الانقطاع فى مدة كثيرة لا تسمع دعواه ما لم يدع أن ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فاذا ادعى ذلك فحينئذ يسأل البائع اهى كما يدعى المشترى فان قال نعم ردها على البائع باقراره وان قال هى كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندى وانما حدث هذا العيب عند المشترى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب للحال فان طلب المشترى يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف فى سائر العيوب فان حلف برئ وان نكل ترد عليه لان نكوله كاقراره فان شهد للمشترى شهود على انقطاع الحيض عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه أما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود وقد تيقن القاضى بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان أنكر البائع انقطاع حيضها فى الحال لا يستحلف على ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يستحلف لما يجىء ان شاء الله تعالى (قوله فتعين الرجوع بالنقصان) لان

(قال واذا حدث عند المشترى عيب) اذا حدث عند المشترى عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لان فى الرد اضرارا بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أى عن البائع و يجوز أن يعود الى المشترى لانه أيضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضى السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لانه رضى بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما أن للمشترى أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم فان قيل أين قولكم الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن أجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وههنا

قال المصنف (ولا بد من دفع الضرر عنه) أقول أى عن البائع و يجوز أن يعود الى المشترى والثانى أولى عندى فان ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى

كذلك كما مر قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه) ومن اشترى ثوبا فقطعه (فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذى هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشترى بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشترى فى دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان فى شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفى الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا لفعل باشره وفى عدم الرد وان كان اضرار بالمشترى لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبرناه وأنظر لهما الا اذا قال البائع أنا أقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع

عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشترى لم يرجع بشئ) لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ فى الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها

يمتنع أخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغى أن يرجح جانب المشترى فيرجع بالنقصان و يرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بان المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالغاصب اذا عمل فى الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحمرة لأن الظالم لا يظلم والضرر عن المشترى يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم أن الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بانها اعتبرت أصولا ضرورة جبر حق المشترى والا يهدر كما صيرت أصولا بالقصد من اتلافهما وكل ما رجع بالنقصان فمعناه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب و ينظر الى التفاوت فان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشترى أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشترى خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كانه ملكه من القاتل بالبدل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع *(فرع)* لا يرجع بالنقصان اذا أبق العبد ما دام حيا عند أبى حنيفة و به قال الشافعى لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبى يوسف يرجع لتحقق العجز فى الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه) يعنى ولم يخطه (ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع أنا أقبله كذلك) أى مقطوعا (كان له ذلك لان الامتناع) أى امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أى برده معيبا فزال المانع (فان باعه المشترى) أى بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا المبيع) بالبيع (فان) كان المشترى (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو كان المبيع (سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ فى الاصل) أعنى الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا

الجزء الفائت صار مستحقا للمشترى بالعقد وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الفائت وصف

المسئلة و بين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبى حنيفة رحمه الله أجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشترى يعنى بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ لانه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع فان المشترى يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما أن يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الاول فلأنها لا تنفك عنه وأما الثانى فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة فى حق الشرع لكونه ربا لان

فليس للبائع أن يقول أنا آخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد فى الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان باعه المشترى بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان

الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست مبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو رده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه) وان رضى المشترى بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشترى رجع بالنقصان) لان الرد لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التمليك من الابن

فلا يقابله شئ من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن وطريق معرفته أن يقوم وبه عيب و يقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله يرده و يرد معه نقصان العيب الحادث فى يده لان رد البدل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار رادا كل المبيع فيرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبى حنيفة رحمه الله وهنا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق بينهما أن النحر افساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فى فصل النحر دون القطع (قوله لان الزيادة ليست بمبيعة) فامتنع أصلا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهى لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثمة فى الزيادة ممكن لان الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهى لا تمنع الرد بالعيب لما مر ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهى تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهى تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخه مقصودا لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب وهى لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة و يسلم الزيادة للمشترى مجانا بخلاف الولد والفرق أن الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهى غير الاعيان والولد تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من الربا لانه يبقى فى يده بلا عوض فى عقد المعاوضة والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله (قوله وليس للبائع أن يأخذه) لان امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة وهى فى معنى الربا وحرمة الربا حق الشرع (قوله فان باعه المشترى) أى باع المشترى الثوب المخيط أو المصبوغ أو السويق الملتوت بسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان أيضا لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشترى فلم يكن المشترى حابسا للمبيع والاصل أن فى كل موضع لو كان المبيع قائما على ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا للمبيع معنى لقيام المشترى مقامه فى امساك المبيع فصار حبس المشترى المبيع كحبسه فكان المبيع فى يده وهو يريد أن يرجع بنقصان العيب وثمة ليس له ذلك كذا ههنا وفى كل موضع لو كان المبيع فى يده على ملكه لا يمكنه رده وان رضى البائع به فاذا أخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر المشترى ممسكا للمبيع ببيعه فبقى ارش العيب بحاله (قوله وعن هذا قلنا) أى عن هذا الاصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير فخاطه ثم

لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشترى مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشترى الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل فى ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى و يمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى ولا يمكنه الرد وان رضى به البائع فان أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب (وعن هذا) أى عما قلنا ان المشترى متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع (قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان)

لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهباله وقابضا لاجله فتتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشترى الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة فى هذه المسئلة ليس يحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيرا ارجع بنقصان العيب) لان القطع عيب حادث فللمشترى الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت (قال ومن اشترى عبدا فأعتقه) اشترى عبدا فأعتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان أما الموت فلان الملك ينتهى به) أى يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشترى بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكمى لا بفعله)

ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعتقه أومات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق

الصغير حصل بمجرد القطع لغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه فى التسلم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا والباقى بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التى هى الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة ولا فى جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما فى الفوائد الظهيرية من أن الاصل فى جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضى البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر فى الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعى وأحمد ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضى المشترى لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفى كون الطحن والشى من الزيادة المتصلة تامل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر فى بيع الشجر والارش والعقر وهى تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشترى بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما بجميع الثمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهى لا تمنع بحال بل يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذى هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعى رحمهما الله وفيه الحديث الذى ذكرناه أول الباب الذى فيه قول البائع انه استغل غلامى فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعى وأحمد حكم المنفصلة المتولدة فى حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشترى ونحن نفرق بين الكسب الذى تولد من المنافع وهى غير الاعيان ولذا كانت منافع الحر مالا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة با فة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن وبه قال الشافعى قبل الحكم بالارش وانما قيد المصنف بقوله أحمر لتكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع فى يد المشترى يمنع الرد بأى سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه) المشترى (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهى به) والشئ بانتهائه يتقرر فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على

وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب لانه لم يصر مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا فلم يصر حابسا فيرجع (قوله أما الموت فلان الملك ينتهى به) لان الملك فى محل الحياة باعتبارها فينتهى بانتهائها اذ المالية بعد الموت لا تتحقق والملك فى الآدمى باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء الحياة فانتهى الملك (قوله لان العتق) أى الاعتاق انهاء الملك أى اتمام له لان الملك فى الآدمى ثبت على خلاف

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكمى الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله فكانت

بدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا اصبغ الثوب أحمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة فى المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بانه حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكمى لا بفعله الذى لا يوجب الزيادة والحق أن يقال فى الجواب عدم الرد فى الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة فى المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه فى يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهى بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت (قوله وهذا) أى جواز الرجوع (بنقصان العيب عند الانهاء) لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا ألا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمى مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرر الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان أعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبى حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر أصلى بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشترى العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه يرجع وذكر فى الينابيع قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوى يفيد بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد

فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمى (وان أعتقه على مال لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض

عيب وذلك موجب للرجوع اذا امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشترى أما اذا ثبت حكما للشئ فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا اصبغ الثوب أحمر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأجيب بان امتناع الرد فى ذلك انما هو بسبب الزيادة التى حصلت فى المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغى للمصنف أن يزيد فيقول لا بفعله الذى لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعى وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل للملك وانما يثبت الملك فيه) عن سيبه (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما فى معناه بسبب انه انهاء (لان الشئ بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاد بمنزلته) أى بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالامر الحكمى) أى بحكم الشرع لا بفعل المشترى كالقتل (فان أعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشئ وكذا لو كاتبه لان المشترى حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبى حنيفة رضى الله عنه انه) أى المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبى يوسف وبه قال الشافعى وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعنى الرق وبهذا يثبت به الولاء فى الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له

الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهى بمضى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك والتدبير والاستيلاد كالعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو

الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس فى الاسلام دم مفرج أى مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى فى قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان فى غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستقضيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبى حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابى حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من

سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالتها على سببية فى الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذى أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للملابسة ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خبير بانه لو أراد رد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال فى الجواب عدم الرد أقول أنت خبير بان عبارة الجواب السابق لا تابى عن الحمل على هذا المعنى (قوله فصار حابسا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانهاء يحتاج الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجرى فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل

(فان قتل المشترى العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء و وجه الظاهر أن القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه و يعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا يرى أن البيع مما

يحبس بدله (قوله فان قتل المشترى العبد) أى لم يمت عنده حتف أنفه (أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رضى الله عنه أما القتل فالمذكور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي وأحمد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (و وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر (وانما سقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره فى غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه ان كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه فى ملك الغير لا ينفذ وعتق أحد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد أى لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيأ حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) و به قال الشافعي وأحمد وفى الخلاصة عليه الفتوى و به أخذ الطحاوى (وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد فى غير ملكه غير انه سقط أى انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردى لا أثر له فى اثبات الرجوع (ألا ترى ان البيع مما

حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عند المشترى (قوله فان قتل المشترى العبد أو كان طعاما فأكله الخ) والاصل أن امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشترى لا يرجع بشئ لانه متى كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكا اياه واذا امتنع الرد لا بفعل منه فان هلك أو بفعل غير مضمون منه يرجع لانه لا يتصور أن يكون ممسكا ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره فى ملك الغير يضمن وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا عن الملك ولهذا يأثم و يجب عليه الكفارة ان كان خطأ و يضمن ان كان مديونا وانما لم يضمن اذا لم يكن مديونا لعدم الفائدة لاستحالة الوجوب له عليه فصار الضمان كالسالم له معنى بهذا الاعتبار بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله فى ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن أحد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا لانه اذا كان معسرا لم يضمن وهذا لان الاعتاق تصرف شرعى واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل لانه حسى يتصور فى الملك وغيره وهو لم يستفد بالاعتاق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حابسا للمبيع فيرجع بالنقصان و يؤيده ماذكرنا أن العتق ليس بمضمون (مسئلة) ذكرها فى شرح الطحاوى رحمه الله وهى أن مشترى العبد لو وكل

المشترى فى المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان فى ملك الغير و باعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان ففى رواية يرجع بنقصان العيب فى الكل لان الطعام فى حكم شئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفى رواية يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد فى البعض كما قبضه و يرجع بنقصان العيب فيما أكله وفى بيع البعض عنهما روايتان فى احداهما لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفى الاخرى يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول

يقصد

يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل وعنهما أنه يرد ما بقى

يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخيره جوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان فى ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أجيب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم فى الخياطة للزيادة أما فى مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعنى لا يرد ما بقى ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشئ واحد) حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار (فصار كما لو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه فى الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب فى الباقى الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل فلا يرد الباقى و رواية يرد ما بقى لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما أخذه و يرجع بالنقصان فيما أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدورى فى كتاب التقريب وفى شرح الطحاوى ان الاول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان فى الكل الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن وان الثانى قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتى بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفى شرح المجمع قال أبو يوسف يرد ما بقى ان رضى البائع لان استحقاق الرد فى الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقى وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان فى رواية لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام كشئ واحد فبيع البعض كبيع الكل وفى رواية يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفى المجتبى عن جمع البخارى أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه و يرد ما بقى و به يفتى ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشئ ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر يرد ما بقى و يرجع بنقصان ما خبزه هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما و به يفتى وفى الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب

وكيلا بقبضه قبل نقد الثمن فقبضه الوكيل بغير اذن البائع فمات فى يده كان للبائع أن يضمن الوكيل القيمة و يحبسها بالثمن ولو كان وكيلا بالاعتاق فأعتقه الوكيل جاز عتقه و يصير قابضا وليس للبائع أن يضمن الوكيل القيمة وله أن يطالب المشترى بالثمن فثبت أن العتق غير مضمون وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله الاكل واللبس فعل مضمون عليه وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه فى المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له فان قيل هذا يشكل بالقطع والخياطة فانهما فعلان مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان قلنا انما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعى ولا كذلك ههنا فان الرد امتنع بفعل مضمون (قوله وان أكل بعض الطعام) الى قوله فصار كبيع البعض اذا باع بعضه ثم وجد به عيبا لا يرجع بالنقصان لا فى المزال ولا فى الباقى عندنا لان امتناع الرد فى الباقى بفعله حيث باع بعضه وعند زفر رحمه الله يرجع بنقصان الباقى اعتبارا للبعض بالكل وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقى لان الطعام فى الحكم كشئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل لان الطعام كشئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى وعنهما أنه يرد ما بقى لانه مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه و يرجع بنقصان العيب فيما أكل و بعد بيع البعض عنهما روايتان فى احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله لان الطعام فى حكم شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفى الرواية

قال (ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً) اذا اشترى بيضاً و بطيخاً (أو قثاء او جوزا) أو شيا من الفواكه (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) بان كان منتنا أو مرا أو خاليا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيا بعد ماذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال واما في المآل والمذكور ليس كذلك وتفطن من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد

وان تناول منه شيا بعد ماذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل و يرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ماقيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلا فيرد القشر و يرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلاخلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه

لانه لا يضره التبعيض (قال ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ماقيل لان ماليته باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لان الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرده

ذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لانه كالرضا به (قوله ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا) بخلاف مالو كسره عالما بالعيب لا يرده (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بان كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ماقيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب و يصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله (لان مالية الجوز) قبل الكسر ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساده) بان يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان) الا أن يتناول شيا منه بعد العلم فلا يرجع بشئ ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيا منه بعد ماذاقه لا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلاخلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يرده) يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر

الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط (قوله فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله) أي ان لم ينتفع به أصلا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا للعلف قال الامام الحلواني رحمه الله هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيا منه بعد ماذاقه لا يرجع عليه بشئ ومالا ينتفع به أصلا كالقرع اذا وجده مرا والبيضة اذا كانت مذرة (قوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) على ماقيل اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع يعز فيه الحطب و يستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاويا اختلف المشايخ رحمهم الله فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب و يصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صادف محله ومنهم من قال يرد القشر و يرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين أن البيع وقع باطلا واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه والقليل مالا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا وهو أن يكون في المائة أكثر من ثلاثة لا يصح في الكل و يرجع بكل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله لجمعه في العقد بين ماله قيمة و بين مالا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد

يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لان

ولقائل أن يقول المعتق يستفيد بالاعتاق الولاء فلم يجعه مستقضيا قوله وان تناول منه شيا بعد ماذاقه صار راضيا الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كما لو رضي بشراء الميتة والدم حيث لا يصححه الشرع برضا فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل مخل كما لا يخفى على المتأمل

لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري

وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما أن يكون قليلا كاثنين في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز و يرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رد عليه بعيب (ذ) اما ان قبل بقضاء القاضي) أو بغير قضائه فان كان الاول فاما أن يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لانه اقالة واما أن يكون (ببينة أو باباء يمين) وفي كل ذلك له أن يرده على بائعه (لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم)

لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل مالا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز و يرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار أو بينة أو باباء يمين له أن يرده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن

مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على أنه لا يرده وفي مسئلة القطع أن تسليطه هذا هدر وأن التسليط المعتبر هو مالو سلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا) من الجوز والبيض (لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع و يرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف و جعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا وقال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب) فان قبله بقضاء القاضي (بـ) سبب (اقراره) بالعيب انه كان عنده و وجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لانكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله ان يرده على بائعه) الاول يعني له أن يخاصم الاول و يفعل ما يجب معه الى أن يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا دعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرده على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسخ من الاصل) يعني من كل وجه (فجعل البيع كان لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يخال مانعا منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المصنف ان يدعي عليه انه أقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال بعد الرد ليس

فيما كان صحيحا وهو الاصح وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن لم يفصل (قوله لانه فسخ من الاصل) فان قيل ينتقض هذا بمسائل احداها أن المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل والثانية أن الرجل اذا باع أمته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ظهر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولدا ثم ادعاه أبو البائع لا تصح الدعوة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح

(قوله لانه اقالة الخ) أقول لعل المراد لانه كالاقالة

به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فانعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم أن انكاره ظاهر فى الصدق والافيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا فى صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا فى حق نفسه بزعمه وهى الدافعة لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرده لان المعنى له أن يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو باباء يمين أو باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثانى فيحتاج الى الخصومة فى الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين و بالاقرار فى عيب لا يحدث مثله أما فى عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الآمر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والغرض انه لا يحدث مثله أنه اذا اشتبه على القاضى ان هذا عيب قديم أولا أو علم انه لا يحدث مثله فى مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشترى الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضى حينئذ أن العيب كان فى يد البائع فيرده عليه أما اذا عاين القاضى تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شئ من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما و بذل الانسان لا يثبت فى حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الآمر فى عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه ألا ترى أنه لو ادعى بمال على عبد مأذون له فى التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز الا فى نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين فى كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشئ اذا أجرى مجرى الشئ لا يلزم كونه يجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبى يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال فى الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبى يوسف لو ادعى دارا فى يد رجل فانكر ونكل وقضى القاضى للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من المدعى قال يسمع القاضى بينته وترد الدار عليه ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل فى الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفى الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان فى عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان

والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب

فى أمة ابنه التى لم يبعها ابنه أصلا والثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم أحال بالثمن على المشترى غريمه ثم ان المشترى رده بالعيب بقضاء القاضى لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذكر محمد رحمه الله فى مواضع أن بالرجوع فى الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع فى هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب فى حق زكاة ما مضى من الحول وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه ما أحصيناه من المسائل أما مسئلة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولايته وقبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ

غاية

غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هنالك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثانى والاول لا ينفسخ (وان قبل بغير قضاء القاضى ليس له أن

هذا الفسخ عقد جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعنى الفسخ الذى بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعنى المشترى الاول (بغير قضاء القاضى) بل برضاه (لا يرده) على بائعه هذا هو الشق الثانى من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضى ليس له أن يرده عليه لان الرد بالتراضى بيع جديد فى حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشترى الاول اشتراه من المشترى الثانى ولو اشتراه المشترى الاول من المشترى الثانى لم يكن له أن يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشترى الاول فى الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضى تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشترى الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان وقال الشافعى يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعى فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ و بالرضا بيع جديد فى حق ثالث وان كان فسخا فى حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا فى وجوب كونه بيعا فى حق ثالث أجيب بان المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضى جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل (مسائل) احداها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع ابطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشترى ثم رد المشترى بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت أجيب ببيان المراد وهو أن محمدا ذكر فى مواضع أن بالرجوع فى الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع فى هبته بعد الحول فانه لا يجب

الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله قول القائل الرد بقضاء القاضى فسخ للعقد وجعله كان لم يكن متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فتمكن فى هذه الدعوى دور أو تناقض من هذا الوجه لكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذى قلنا كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله غاية الامر أنه أنكر قيام العيب) هذا جواب سؤال بان يقال لما أنكر البائع الثانى العيب فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذى أنكره اذ ذاك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه فى انكاره وفيه خلاف محمد رحمه الله (قوله ومعنى القضاء بالاقرار) وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء بل يرد عليه لاقراره بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له أن يرده على بائعه (قوله وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة) أى المشترى اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل ولا يكون الرد على المشترى ردا على بائعه وان كان الرد بقضاء القاضى ولم يتفرق الحال بين الوكيل والمشترى اذا رد عليهما باقرارهما حيث يلزمهما (قوله لان البيع هنالك واحد) أى فى فصل الوكيل البيع واحد فاذا فسخ انفسخ فى حق الموكل والموجود ههنا بيعان فيفسخ

(قوله غاية الامر) اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له أن يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية أمر المشترى انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضى ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيأ وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه فى الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشترى ليس ردا على البائع ووجهه أن البيع فى صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان و برد أحدهما لا يرتد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا فى حق نفسه بزعمه وهى الدافعة لخصومته للبائع الاول اه وفيه بحث

برده) لانه بيع جديد فى حق ثالث وان كان فسخا فى حقهما والاول ثالثهما (وفى الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذى باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفى بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب

على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب فى حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فى ابطالها ولان صحتها لا تستدعى عند ادينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قولنا ان الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذى قلنا وفى بعض المواضع قيد بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود وأما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها فى المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشترى الآخر بالدينار عيبا ورده على المشترى بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو ان المبيعين حينئذ يكونان معدومين لان العيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشترى يرده بخلاف المبيعين فى غير النقود كمسئلة الهداية فانهما موجودان فى ذلك اذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه وأن ما فيهما من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفى الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدورى فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها فى الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشترى أولى قال المصنف (وفى بعض روايات البيوع) أى بيوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعنى على البائع الاول اذا رده بالتراضى (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين فى هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقا أو فى مدة كونه فى ملك المشترى الاول الى رد المشترى الثانى قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضى فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضى لان الحكم الاصلى فى هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد للعجز فاذا نقلاه الى الرد لم يصح فى حق غيرهما ألا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان

الثانى لا ينفسخ الاول (قوله والاول ثالثهما) أى البائع الاول (قوله وبهذا تبين) وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد فى العيب الذى لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة مثلا مع أنا تيقنا أن ذلك العيب كان موجودا فى يد البائع الاول كان أولى أن لا يتمكن من الرد فى العيب الذى يحدث مثله لانه يحتمل أنه حدث عند المشترى لا عند البائع ووجه هذه الرواية أن الرد بغير قضاء القاضى اقالة تعتمد التراضى فيكون بمنزلة بيع جديد فى حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه (قوله

وان كان الثانى فليس له أن يرده لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشترى الثانى على الاول بعد القبض وأما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل فى حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجواب فى عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة وفى عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم أن العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لتيقنه بوجوده فى يد البائع وهو الذى ذكر فى بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعتمد التراضى فيكون بمنزلة بيع جديد فى حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه

(قوله وان كان الثانى فليس له أن يرده) أقول معطوف على ما تقدم فى هذا القول وهو قوله فان كان الاول فاما أن يكون باقرار

عند

(قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشترى البينة فهو ان شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار أما يمين البائع أو بينة المشترى وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثانى ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهى به وأجابوا باوجه بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أى حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال فى قوله علفتها تبنا انه بمعنى أطعمتها فانه يستعمل فى السقى كما يستعمل فى الطعم فى معنى (٢٣) الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه منى أى

عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينه) لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب

الرد بالعيب من المشترى الثانى بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فللمشترى الاول أن يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول أن يرده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال فى الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره فى حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تناهى الا أن حقه فى صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه فى صفة السلامة وانما ظهر أثره فى حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضى ظهر أثره فى حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ فى حق الكل لان حقه فى الفسخ ثبت أصلا لانهما يسلبان اللزوم فى أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة) على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقدر ظهير الدين للثانى خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطالب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم الجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع احدى صورتى التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بان يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول لا يجبر بينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه)

لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة) وذكر فى الفوائد الظهيرية بعد ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر فى الكتاب فقال وفى هذا التركيب نظر لانه جعل أحدهما غاية لنفى الاجبار على الاداء ونفى الاجبار على الاداء لا ينتهى باقامة البينة بل يستمر ثم قال وأمكن تصحيحه بتقدير الخبر للمذكور ثانيا ومعناه أو يقيم المشترى البينة فيستمر عدم الاجبار (قوله حيث أنكر تعين حقه) وهو التسليم فان قيل ما ادعاه المشترى من العيب موهوم فلا يعارض المحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة

ومن لم يشرب به وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم (قوله لانه أنكر وجوب دفع الثمن) تعليل لعدم الاجبار لان المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أولا ليس الا لتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع لان حقه فى السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفى انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهى اما بينة أو يمين البائع فان قيل فى هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضى اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة

(قوله وأجابوا باوجه بانه من باب علفتها الخ) أقول هذا الجواب للامام ظهير الدين (قوله وبان يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكى وفيه تامل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أى لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أى وجه حكم فالمضاف محذوف (قوله والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به فى التلويح خصوصا فى الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه) أقول ضمير حقه راجع الى المشترى (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح فى الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضى اسناد اليمين اليه لو لم يكن انكاره فى ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا فى ضمن ذلك فان الظاهر فى المبيع هو السلامة

وهو فيه مدع يدعى مايوجب دفع الثمن أولا وان كان فى الصورة منكرا (قوله ولانه لوقضى بالدفع) دليل آخر يتضمن جواب ماقيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض محقق ومادعاه المشترى من العيب موهوم والموهوم لايعارض المتحقق وتقريره ان ماادعاه المشترى وان كان موهوما لكن يجب على القاضى اعتباره صونا لقضائه عن النقض فانه اذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال (فان قال المشترى شهودى بالشام) اذا طلب من المشترى اقامة البينة على ماادعاه فقال شهودى بالشام غيب (استحلف البائع) فان حلف دفع اليه الثمن لان فى الانتظار ضررا بالبائع فان قيل فى الزام المشترى دفع الثمن ضرر له أيضا أجاب المصنف بقوله (وليس فى دفع الثمن كبير ضرر به لانه على حجته) يعنى هو بسبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ماقيل فى بقاء المشترى على حجته بطلان

ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لوقضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته أما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه

لان حقه فى السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع بازاء تعين) حق المشترى (فى المبيع) ولم يتعين لانه السليم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وأيضا فقد يثبت ماادعاه فيؤدى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ماأمكن (فلو أن المشترى قال شهودى بالشام) مثلا فامهلنى حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لايسمع ذلك بل (يستحلف) البائع ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا (لان فى الانتظار بالبائع كبير اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجرى مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس فى الدفع كبير اضرار بالمشترى (لانه على حجته) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف مالو قال شهودى حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثانى ولا ضرر فى هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتى الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة لان ذلك فى العقود والفسوخ ولم يثبتا كرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح فى قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه فى مثله أعنى ماإذا قال لى بينة غائبة أو قال ليس لى بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل وأما اذا قال لابينة لى فحلف خصمه ثم أتى ببينة فى أدب القاضى تقبل فى قول أبى حنيفة وعند محمد لاتقبل ولا يحفظ فى هذا رواية عن أبى يوسف وفى الخلاصة من رواية الحسن عن أبى حنيفة تقبل وفى جمع النسفى فى قبول البينة عن أصحابنا روايتان نعم تحليف البائع فى مسئلة الكتاب يخالف مافى روضة القضاة اذا قال بينتى غائبة لم يحلف عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحلف وكذا لو قال لى بينة حاضرة فى المصر فأحلفه ثم أتى بها لايحلف فى قوله خلافا لابى يوسف وقوله (أما اذا نكل الزم العيب لانه) يعنى النكول (حجة فيه) أى فى ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس بحجة فى كل شئ اذ ليس حجة فى الحدود والقصاص بالاجماع ولا فى الاشياء الستة عند أبى حنيفة

القضاء عن النقض (قوله لانه على حجته) لانه لوحضر شهوده كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واسترداد الثمن (قوله لانه حجة فيه) أى لان النكول حجة فى ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول

قضاء القاضى وقد تقدم بطلانه والثانى ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والآخر دونه والجواب عن الاول ان القاضى ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثانى بانه فى دعوى غيبة الشهود متهم لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله فى حق غيره واذا طلب المشترى يمين البائع فنكل ألزم العيب لان النكول حجة فى ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول فى الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول فى الاشياء الستة عند أبى حنيفة

(قوله وان كان فى الصورة منكرا) أقول فيه بحث فانه مدع صورة ألا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوما لكن يجب على القاضى الخ) أقول اذا سلم كونه موهوما فلا يجب على القاضى اعتباره والا فقلما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعا الا أن يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لان البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام (قوله قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطلقا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان فى الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا لضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هنالك (قوله وعن الثانى بأنه فى دعوى غيبة الشهود متهم) أقول ولك أن تجيب أيضا بانا لم ننف الضرر عن المشترى بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان فى يد المشترى دون البائع فليتأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مماطلة) أقول اذ ليس له غاية معلومة

قال (ومن اشترى عبدا فادعى اباقا) اذا ادعى المشترى اباق العبد المشترى وكذبه البائع فالقاضى لايسمع دعوى المشترى حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بينة انه أبق عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب فى الحالة التى كانت عند المشترى فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو الابراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضى للمشترى ألك بينة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشترى البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البينة انما تقبل من المدعى والمشترى فى هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب فى يد البائع والثانى أن سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين مانحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر دينا فانكر المدعى عليه ذلك فان القاضى يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين فى الحال وأجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكانت من المدعى بهذا الاعتبار وعن الثانى بان قيام الدين فى الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى الى احياء حقه لانه ربما لايكون له بينة أو كانت له بينة لكن لايقدر على اقامتها لموت أو غيبة بخلاف مانحن فيه لان توسل المشترى الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

(قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده) والمراد التحليف على انه لم يأبق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته بالحجة (فاذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط) كذا قال فى الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط

(قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشترى (اباقا) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده (لايحلف حتى يقيم المشترى البينة انه أبق عنده) أى عند المشترى لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أى قول البائع لكن لايعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى مسببا للرد و(معرفته) أى معرفة قيام العيب (بالحجة) عند انكاره وهذا فى دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما أما فى عيب لايتوقف الرد فيه على عوده عند المشترى كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعى اباقا فينكر قيامه فى الحال فيحتاج الى اثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشترى وان أنكر طولب المشترى بالبينة على أن الاباق وجد عند البائع فان أقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله فى الكتاب) أى الجامع فان عبارته هكذا فاذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا (وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى به و بالله ما أبق) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لايحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارا فى يمينه وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة هنا اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع فى يمينه أى يقصد تعلق

فى الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول فى الاشياء الستة عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله ومن اشترى عبدا فادعى اباقا) أى جاء المشترى بالعبد الى البائع وقال بعتنى آبقا وانما وضع المسئلة فى الاباق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لايحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف اذا طلب المشترى لانا تيقنا بوجوده عند البائع أو باطنا لايعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يرجع الى قول الاطباء فى حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة أو عيبا لايطلع عليه الا النساء كالقرن والرتق يرجع الى قول النساء فى توجه الخصومة فلا يتأتى فى هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب فى يد المشترى فى الحال ولا يحتاج المشترى الى اقامة البينة على قيامه فى الحال وانما يثبت بالبينة مالايعرف الا بالتجربة كالاباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون (قوله حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده) أى عند المشترى (قوله والمراد التحليف أنه لم يأبق عنده) أى عند البائع فان قيل أى فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخر دينا

(قوله هذا العيب فى الحالة التى كانت الخ) أقول يعنى فى الكبر أو فى الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثانى ان سلامة الذمم الخ) أقول ولنا ان نجيب عن هذا البحث الثانى بان فى الرد بالعيب لابد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشترى حتى يرده ولا يلزم ثبوت الدين فى الحالتين للقضاء بالايفاء بل يكفيه وجوده فى الحال

فاذا أقام المشترى البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط كذا ذكر فى المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفى ذلك غفلة عن هذا المعنى و به يتضرر المشترى وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا و لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم و يكون غرض البائع عدم وجود العيب فى الحالين جميعا فنفى وجوده فى أحدهما يكون بارا لان الكل ينتفى بانتفاء جزئه و به يتضرر المشترى وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعا اشارة الى ان تأويل البائع ذلك فى يمينه ليس بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة ذكر هذه العبارة فى التحليف (٢٦)

وقال الأئمة قالوا النظر للمشترى ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندى الاول لان البائع ينفى العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا فى يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا فى الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل أن يقول فى عبارة المصنف تسامح لانه قال (اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلله (بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقص قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفى على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه فى المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل

اما لا يحلفه بالله لقد باعه و. به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثانى يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقديرقصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تاوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هى يمين غموس والاخصر مع الوفاء بالمقصود أن يحلف بالله ما أبق عندى قط (ولو لم يجد المشترى بينة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشترى يحلف على قولهما واختلف المشايخ فى قول أبى حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضى أبى الهيثم أن الخلاف مذكور فى النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفى شرح الجامع الكبير للشيخ أبى المعين النسفى قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد لا خلاف فى هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبى حنيفة خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به أما اذا كان مدعيا فلا ألا ترى أن المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له و يحلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسى والاول أوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة فى حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة عندى فيرجع الى الحلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان احداهما مالو باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه

وأنكر المدعى عليه قيام الدين فان القاضى يأمر المدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين فى الحال وكما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل عارض قلنا الفرق بينهما هو أن قيام الدين فى الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى الى احياء حقه عسى لانه ربما لا يكون له بينة أصلا أو كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها المالموتهم أو لغيبتهم وأما فى دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوسل المشترى الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يعاين أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله والاول ذهول عنه) وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب والثانى وهو قوله

التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذى يحلف أنه لا علم له بذلك أما اذا ادعى ان لى علما بذلك فيحلف على البتات وله لادعائه العلم بذلك فان لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشترى هل له ذلك أو لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وهو المذكور فى النوادر ذكره الطحاوى وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف فى هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء

(قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقانى (قوله لان شمس الائمة الى قوله والاصح عندى) أقول تصحيح شمس الائمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور فى النوادر) أقول أى الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف فى هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذى قدمناه

البائع الآخر ثم ادعى المشترى عيبا فانه يحلف فى نصيبه بالجزم وفى نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع انه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشترى عيبا يحلف الحاضر على الجزم فى نصيب نفسه وعلى العلم فى نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندى أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه فى نصفه على العلم وفى نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعنى العيب فى ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أو جهله كان أيضا كذلك الا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات فى مدته ما أبق عندى وعلى العلم فى مدة شريكه ما اعلم أنه أبق عند شريكى فليكن محملهما ذلك وعلى هذا فلو لم تمكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفى بذلك الا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تمكن اقامته الا عند الذى مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم ان مما تطارحناه انه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشترى وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشترى ذلك وأثبته يرده به لانه معيب والعقد أوجب على هذا البائع السليم ولو لم يقدر على اثباته له أن يحلفه على العلم وكذا فى كل عيب يرد بتكرره (وجه قوله على) تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب) واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشترى (يحلف ثانيا للرد على الوجه الذى قدمناه) لانه بنكوله أنزل مقرا بوجود العيب عند المشترى فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد

لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه بالشرطين لانه حينئذ يتعلق الحنث به لقيام العيب فى الحالين فاذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحنث فيدفع الرد بهذا التأويل فيتضرر به المشترى والاصح أن البائع لا يبر فى يمينه الا اذا لم يكن العيب موجودا فى البيع والتسليم أصلا لانه ينفى العيب عند البيع وعند التسليم فيحنث اذا لم يكن متعيبا فى أحدهما وفى قوله يوهم اشارة الى أن تأويل البائع ذلك فى يمينه هذه ليس بصحيح وانما يحلف البائع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد أو اباقه وفى مثل ذلك التحليف على العلم لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذى يحلف أنه لا علم له بذلك أما اذا ادعى أن لى علما بذلك فيحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع و يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع و كالوكيل ببيع العبد لو قال قبض الموكل ثمن عبد بعته بحكم الوكالة فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعلا لغيره قال القاضى الامام ظهير الدين رحمه الله هذا لا يقوى المسئلتين احداهما باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما و ورثه البائع الآخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف فى نصيبه بالجزم وفى نصيب مورثه بالعلم عند محمد رحمه الله وان كان يدعى العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باعا عبدا وغاب أحدهما ثم ادعى المشترى عيبا يحلف الحاضر فى نصيب نفسه على الجزم وفى نصيب الغير على العلم وان ادعى أن له علما بذلك (قوله وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة) والفرق لابى حنيفة رحمه الله بين البينة والتحليف فى أن العاجز عن اثبات العيب خصم فى حق البينة دون التحليف لان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصومة ولن يكون المشترى خصما للبائع ههنا الا بعد اثبات قيام العيب فى يد المشترى ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التحليف لانتفاء موجبه وهو قطع الخصومة وأما البينة فلاثبات كونه خصما ألا ترى أن الرجل يقيم البينة على أنه وارث فلان أو وكيل فلان فانه يصح (قوله على الوجه الذى قدمناه) أى على البتات بالله

ولأبى حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعى وهو المشترى ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا كما فى الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وأن يكون المشترى هنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب فى يده ولم يثبت كما تقدم وأما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما (واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد) على البتات (على الوجه الذى قدمناه) على ما تقدم

(قوله والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة) أقول وكذلك البينات فاذا كان لها حكم مخصوص ههنا فلم لا يجوز أن يكون للتحليف حكم كذلك

قال رضى الله عنه اذا كانت الدعوى فى اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا فى الحدود وكذا على انه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا ففى دعوى غير صحيحة أولى وفى الكافى الاصح أنه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لانشائها وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فبها تنتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى وأما قوله فى الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب فى المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضى يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رده عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشترى فعلى المشترى البينة فان عجز عنها حلف الى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشترى وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيده قصود المشترى من الرد ان لم يثبت وجوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكفى للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر أن لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فى أن كلا منهما يستدعى جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعى الجواب فكما أن له ان يجيب هنا بانكار العيب عندهما رأسا كذلك له أن يجيب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب فى الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين فى الوجود كذلك واذا ثبت دخوله فى الوجود طالبه برده اليه فكذلك فى العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تاملت لا فرق والله أعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفى الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعنى نفسه (اذا كانت الدعوى فى اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أبق) عندى (منذ بلغ مبلغ الرجال) لانه عساه أبق عنده فى الصغر فقط ثم أبق عند المشترى بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو ألزمناه الحلف ما أبق عنده قط اضررنا به وألزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكرنا وكذا فى كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة فى عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول فى الفراش والجنون والزنا وبقى أصناف أخرى ذكرها قاضيخان هى مع ما ذكرنا ثمة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية أى الزائدة فالقاضى فيها يقضى بالرد اذا طلب المشترى من غير تحليف للتيقن به فى يد البائع والمشترى الا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشترى فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثانى أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا

لقد باعه وسلمه وما أبق قط

قال

قال المصنف (اذا كانت الدعوى فى اباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر فى حق البائع لانه اذا أبق فى يد المشترى بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع فى حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد بنكوله ويتضرر به

قال (ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى) لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما فى الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بينا قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما

الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عندهما رده وكذا اذا أنكر فاقام المشترى البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفى والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاصمه فى انه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه فى الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترده بقول المرأتين هى قرناء بلا خصومة فى أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما فى الاصبع الزائدة الا أن يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا وفى شرح قاضيخان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف فى حدوثه فالبينة للمشترى لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع نعم أتبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع ولو قال بعه فان لم يشتر رده على فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشترى للبائع انفقه فان لم يرج رده على فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط فان قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفى القنية لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لانظر انه يزول أولا فله رده كذا فى المجتبى (قوله ومن اشترى جارية أو غيرها من الاعيان (وتقابضا) فقبض البائع الثمن والمشترى الجارية (فوجد بها) المشترى (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا أنه (قال بعتك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشترى بعتنيها وحدها) فارد جميع الثمن ولا بينة لاحد (فالقول قول المشترى لان هذا اختلاف فى مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشترى والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشترى ينكر فالقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فانكر الغاصب فالقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بان اتفقا على أن المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشترى (لما بينا) من أن القول قول القابض (قوله ومن اشترى عبدين) أو ثوبين (صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذى لم يقبض (عيبا فانه بالخيار) ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن فى هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لانها انما تتم بقبض المبيع ولم يوجد

(قوله كما فى الغصب) يعنى اذا أنكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله (قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) أى فى مقدار المقبوض بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع للمشترى قبضتهما وقال المشترى ما قبضت الا احدهما (قوله لما بينا) اشارة الى أن الاختلاف فى مقدار المقبوض (قوله لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه) اشار الى قوله قبيل (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعا (لان الصفقة تتم بقبضهما) لما أن تصرف المشترى فى المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ

(قوله لما بينا الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تامل

(فوجد) المشترى (بها عيبا) فاراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى لان الاختلاف فى مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لانه أعرف بما قبض (كما فى الغصب) فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت منى غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) فى مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشترى ما قبضت الا احداهما فالقول قول المشترى (لما بينا) ان فى الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد المعيب خاصة

ومالم يقبضه الصفقة لاتتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما (تفريق قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لاتتم قبله (وهذا) أي التفريق في القبض لا يجوز (لان القبض شبها بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق في القبض كالتفريق (٣٠) في العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يرده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك لأن تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له أن يرده خاصة) وقال زفر لافرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فاشبه ماقبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لاتتم بالقبض فيهما على مامر في خيار الرؤية ان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا

فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة والاصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة) خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردىء

(فيكون) رد أحدهما وحده (تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبه بالعقد) لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعني القبض مؤكد لما أثبته العقد حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وماقبل في تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام ولو صلى و بين يديه نار و يقربه نجاسة كان مكروها وليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يرده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فما لم يقبض الكل لاتتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك (ف) اما (لو) كان (قبضهما) أعني العبدين (ثم وجد باحدهما عيبا) فان له أن (يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردىء) لترويج الردىء وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ماقبل قبضهما

باب خيار العيب أن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لاتتم قبله (قوله وهذا لان القبض له شبه بالعقد) بوجهين أحدهما أن القبض مثبت ملك التصرف واليد كما أن العقد مثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني أن القبض مؤكد لما أثبته العقد وللتأكيد شبه بالايجاب ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود أكدوا نصف المهر على الزوج (قوله ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة) كانه جعل غير المعيب تبعا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين (قوله وصار كحبس المعيب) لما تعلق زوال حبس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول الا بقبض الكل فكذلك تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فلم يقبض الكل لاتتم الصفقة على أن الصفقة ان تناهت فيما قبض لم تتناه فيما لم يقبض فدار التفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك (قوله ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يرده خاصة) قيل هذا في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين أما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراع الباب فانه يردهما أو يمسكهما

فاشبه من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبها العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما

أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدين) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن) تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان و بعده يجوز في غير المكيل والموزون وأما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد (٣١) أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل

اذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما أما الاول فلأنه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما وأما الثاني فلان المالية والتقوم بهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد اذا وجد ببعضه معيبا ليس له الا رد الكل أو امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه

فاشبه ماقبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على مامر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض

وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لاتتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ماذكر القدوري على خلاف ماذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما أو يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيأ مما يكال) كالحنطة والتمر (أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكيل اذا كان من

حتى قال مشايخنا اذا اشترى زوجي ثور فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله على مامر) اشارة الى ماذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده وماذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لاتتم قبله (قوله ولهذا لو استحق أحدهما) أي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لو استحق أحدهما بعد قبضهما ليس له أن يرد الآخر بل يلزم العقد على المشتري في الآخر ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام و بهذا يستدل على أن تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب أن يكون في خيار العيب كذلك وهو أن يجوز بعد القبض لا قبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفقة لاتتم ثمة بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختلف اذا اشترى عبدين و وجد باحدهما عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر رحمه الله كما لو وجد

لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن ومالا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف مالو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم في غير المثلي والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد) أقول اختار هذا القول في فتاوى قاضيخان ولم يذكر غيره (قوله لان رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد فاذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد ما بقى) لانه لا يضره التبعيض

جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق بآحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الا ترى انه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا لا يوجب فراد أحدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه (قيل هذا) يعنى كونه يرد الكل (اذا كان فى وعاء واحد) أما (لو كان فى وعاءين) كما اذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب فى المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشترى بخلاف ما اذا كان فى وعاءين فرد أحدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن أبى يوسف لا على قول أبى حنيفة فانه روى الحسن عن أبى حنيفة فى المجرد أن رجلا لو اشترى اعدالا من تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفى رواية بشر ابن الوليد لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا أن يكون هذا والآخر سواء فاما أن يرده كله أو يتركه كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا فى نحو الحنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان فى الثمن والعجين ويتقيد اطلاق فخر الاسلام ان فى الاعدال يرد المعيب خاصة بان ذلك اذا كان باقى الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها البانة فيرد ذلك خاصة أما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا أو صيحانيا أو لبانة أو عراقية فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت لجريان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أى بعض المكيل أو الموزون (فلا خيار للمشترى فى رد ما بقى بل يلزمه أن لا يرده) وروى عن أبى حنيفة أن له رده دفعا الضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعيض) لا فى

به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض فهذا يخالف ما ذكرههنا (قوله لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد) لان المالية والتقوم فى المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل فى حق البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه فان قيل لو كان المكيل والموزون كشئ واحد كالثوب والعبد مثلا كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا فى استحقاق القبض بعد القبض عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان والفرق على احداهما أن استحقاق البعض لا يوجب عيبا فى الباقى بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب عن غير المعيب يوجب زيادة عيب ولا فرق بين ما اذا كان الكل فى وعاء واحد أو فى أوعية عند البعض وقيل هذا اذا كان الكل فى وعاء واحد أما اذا كان فى وعاءين فهو كعبدين حتى يرد الوعاء بن المعيب دون الآخر وحكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله أنه قال ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان الكل فى وعاء واحد أما اذا كان فى أوعية مختلفة فوجد فى وعاء واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يفتى به ويزعم أنه رواية عن أصحابنا رحمهم الله وقالوا لا فرق بين ما اذا كان فى وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب واطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه

والاستحقاق

التبغيض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل أو امساكه

(قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار فى رد ما بقى يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا فى الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعدما افترقا بقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعى تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشد الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشترى ثم استحق بعض الثوب فللمشترى الخيار فى رد ما بقى لان التشقيص فى الثوب عيب لانه يضر فى ماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد فى يد المشترى ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعنى انه ليس بحادث فى يده بل كان فى يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض فى جميع الصور أعنى فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا فى المكيل والموزون لانه ذكر فى العبدين واهذا

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقى لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه أو كانت دابة فركبها فى حاجة فهو رضا) لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار

القيمة ولا فى المنفعة أما فى القيمة فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة وأما فى المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودى عليه فى السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقى الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان شاآ اقتسماه فى الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلامهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغى أن يكون له رد ما بقى فى صورة الاستحقاق كى لا يلزم تفريق الصفقة على المشترى للمستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر به بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها (لان تمامها برضا العاقد) وقد تحقق (لا برضا المالك) يعنى المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعى تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقى لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار لان التشقيص فى الثوب عيب) والشركة فى العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه شريكا لا يقال ينبغى أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أى هذا العيب أعنى عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشترى بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردئ فى المكيل اذا كان فى وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا) ونحوه من مرض أو عرض فداواها (أو كانت دابة فركبها فى حاجة نفسه) وفى بعض النسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء (بخلاف خيار

وبه كان يقول شمس الائمة السرخسى (قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغى أن يكون له الخيار فى رد ما بقى كى لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب رحمه الله وقال لا يلزم اذ لو لزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق وأنه لا يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر فى الكتاب (قوله وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق) أى أن عيب الشركة فى ذلك الثوب لم يحدث فى يد المشترى بل كان فى يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلذلك كان للمشترى أن يرده (قوله لان ذلك دليل قصده الاستبقاء) أى

لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال فى المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له فى رد ما بقى قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشترى) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة فى حاجته عد رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهى تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشئ فى الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله فلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا

الشرط لان الخيار هنالك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس برضا) أما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد وأما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ماذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به

الشرط) اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام مرة (مسقطا) له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة بان كان هنالك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه (لو ركبها ليسقيها أو يردها على بائعها أو يشتري لها علفا فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فلانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة ففي قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ماذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي (أو لكون العلف في عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها الا اذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب برضا ذكره قاضيخان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شئ مماذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شئ من تلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها *(فرع)* وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع وعلى ماذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله

في ملكه لان المداواة لازالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك ودليل الرضا بالعيب (قوله لان الخيار هنالك للاختبار) يعني أن خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختيارا للملك لفات فائدة خيار الشرط أما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت فيندفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجا اليه وأنه تصرف لا يحل بدون الملك فجعل دليل الرضا (قوله وان ركبها ليردها) ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله وان ركبها ليردها على البائع فليس برضا سواء كان منه بد أولا وان ركبها ليسقيها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد لصعوبتها بان كان جموحا أو لعجزه عن المشي فليس برضا ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب (قوله فلانه سبب الرد) فيكون مفضيا اليه ومقرراله ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف (قوله ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به) أي لا وقت

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا أما الركوب للرد فلا فرق) فيه بين أن يكون له منه بد أولا لان في الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا أو لعجزه عن المشي لضعف أو كبر أو لكون العلف في عدل واحد أما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين أو لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا لان حمله حينئذ يمكن بدون الركوب قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده ويأخذ الثمن كله وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

فقطع

فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق) وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع

السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (فقطع عند المشتري فله أن يرده) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بماذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب بان يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع أن يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له أن يرده ويرجع بالكل وما في نقل المؤتلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرب ما يظن هماره وايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يرده ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيأ آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الغرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عمدا أو ردة ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله رجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يابى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفي باختياره في النفس بعد

الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير للامام التمرتاشي رحمه الله رجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ماذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع (قوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع) نحو القتل العمد والردة (قوله وأنه لا ينافي المالية) ولهذا يجوز بيعه وينتقل بالقبض الى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري (قوله

في يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافي المالية ألا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب لان مباح اليد أو الدم لا يشترى كالسالم لانه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد أما في صورة القتل فظاهر وأما في صورة القطع فلأن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحبل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله أولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحبل انها

بنقصانه عنـد تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة

ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض باخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عنـد المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسألة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسألة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردها كما أخـذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها ما اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشـتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عنـد البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عنـد البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشـتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته

عند تعذر رده) أما تعذر الرد في القتل فظاهر وأما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا يرده الا أن يرضى البائع (قوله مضافا الى السبب السابق) وهذا لان السبب الموجود عند البائع أوجب استحقاق الفعل واستحقاقه أوجب وجوده ووجوده أوجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهـذه الوسائط كما في شراء القريب والدليل على أن نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجبة وأن المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتالف أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فرده على المالك ثم قتل أو قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب (قوله وما ذكر من المسألة ممنوعة) أي

ممنوعة فان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشـتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هـذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا ماتت في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاسـتيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتـل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاسـتيفاء دون غـيره كمالك من له القصاص في نفس من عليـه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقـد تلفت بالجنايتين وفي احداهما رجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق

بسبب كان عند البائع أجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عنـد المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغـير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة ففقدها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي الماليـة في المحـل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حداه مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشـتري فقطع بهـما) أي بالسرقتـين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضي البائع كذلك رده ورجع بثـلاثة أرباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الآدمي نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن وبربعه ان أمسكه بان لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا لا مع أن يتحمل ما لزم المشـتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنـده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما في الاستحقاق عنـد أبي حنيفة) لانه أجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هـذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسـألة عنده انه بالخيار بين أن يرده ويرجع

مسألة الحامل ممنوعة أي على هذا الخلاف ولئن سـلم فقد ذكر في المبسوط وأما الحامل فهنالك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام بل الغالب عند الولادة السـلامة وهو نظير الزاني اذا جلد ولا يلزم على أبي حنيفة رحمه الله الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو أن يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجـد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقض قبض المشتري فيـه وان لم يكن مستحقا لا ينقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية محمومة فماتت في يد المشـتري من تلك الحمى لانها لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة ترادف الآلام ولم يكن عنـد البائع وكذلك الامة اذا زوجها مولاها

(ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند أبي حنيفة لا يرده الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين وفي احداهما لرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه فان قيل اذا حـدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليـه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك أجيب ان هـذا على قول أبي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيـه فان قيـل ألا تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبـل القبض وبعـده في غـير المكيل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشئ لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبها بين ما نحن فيـه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعـد وجود السرقة من العبـد في يد البائع اذا تداولتـه الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو رجع بائع كالحائك كترجع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشـتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه

(قوله والنصف الآخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بورقة تخمينا وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين (قوله لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخمينا وهو قوله فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله

ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما الان) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا (٣٨) اذا قتل عبده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وهنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب أو انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراه قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن وقال

وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع (قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها)

بالكل أو يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه) لم يصر حابسا للمبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبعا لشمس الائمة) الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته أو اباحة دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث وأجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الاصح انه يبرأ ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر أتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم

وهي بكر ثم باعها ثم افتضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل أن من اشترى جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المؤلم وموته بذلك بمعنى عارض وهي خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب (قوله وعندهما يرجع الاخير على بائعه) لانه لم يصر حابسا للمبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع (قوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (قوله في الصحيح) وفي رواية عنه لا يرجع

(قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا مساس لجوابه الاول فليتأمل (قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خبير بان منع السند مما لا يجوزه أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعترض مبنى لمنعه لا الى سنده وبينهما فرق بقي الكلام في صحة المنع بعد اقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهوره وصدق تعريفه عليه وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعترض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى

كل عيب صحيح سمى العيوب بعددها أو لا علمها البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار اليه أو لا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) مالم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية (٣٩) مالم يره المشتري وقد جرت هذه المسألة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة أرأيت لو باع جارية في المأتى منها عيب أكان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمه أن يري المشتري ذلك وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الابراء لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء بأسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا تفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التمليك) اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره

وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

تلبيس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبنى فقال (هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك (وتمليك المجهول لا يصح) ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدركهم ولا أعيانهم كان ورث عبيدا في غير بلده أو زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته (لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك) فاظهرنا أثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله ابرأت أحدكما فلجهالة من له الحق كما لم يصح قوله لرجل على ألف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه ووجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتواخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع عملي للمسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم ايهام خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للمغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ابهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره وقوله شرط

لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن ولشبهه بالعيب لا يرجع عنه عند العلم بشيء عملا بهما وان أعتقه المشتري فقطعت يده أو قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يرجع لان القطع

(قوله أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة اذ لا يلزم رؤية البائع والحكي انه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بان زوج أولياؤه في صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

و يدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمهما الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولأبي يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان أرادت العقد المطلق سلمنا أو المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت منعناه والالزم أن لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاقا وقوله (ويدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لان البراءة تتناول الثابت) فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط (ولأبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشترى حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشترى الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوى انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أجيب بمنع انه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شئ لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشترى في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطنا اليزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشترى لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله ✱(فروع)✱ جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشترى عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشترى فيرد بأيهما شاء ولا يخفى أن هذا اذا لم يعين الشجة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجة به أو عيب ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور وكذا روي عن أبي يوسف ولو أبرأ من كل داء فعن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو عور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا بريء من كل عيب الا اباقه بريء من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشترى ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز ولو

والقتل لم يتضمنا تفويت المالية هنا لانعدم المالية يوم القطع والقتل (قوله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث) وأجمعوا على أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث لانه لما قال به اقتصر على الموجود كذا في شرح الطحاوى (قوله ولأبي يوسف رحمه الله أن الغرض الزام العقد) فان قيل

أن ذلك لمنافية من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلنا الا انا بينا أن محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم أولى ووجه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشترى عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله و يدخل في هذه البراءة) احترازا عما لو قال بعت هذا العبد على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

✱(باب البيع الفاسد)✱

دفعه المشترى ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرده ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتر بيت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يحط كل عشرة و يأخذ الاجنبي بما وراء المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز و جاز حط المشترى دون البائع ولو قصر المشترى الثوب فاذا هو متخرق وقال المشترى لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشترى و يرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع و يدفع له القصار درهما و يترك المشترى درهما قيل هذا غلط و تأويله أن يضمن القصار أولا للمشترى ثم يدفع المشترى ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشترى القدوم في النار أو حد المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصراة أو غيرها وفي المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبي يوسف والمصراة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشترى انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوى يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا الغرور المشترى بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

✱(باب البيع الفاسد)✱

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم و بيع العين بالعين وهو المقايضة و بيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصي و بيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي و بيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة أو رد الرهن لوفاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشترى وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير

الرواية منصوصة في شرح الطحاوى وفي المبسوط أيضا بانه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا قد ذكر في الذخيرة أنه اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فيما اذا نص على البراءة من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوى ولو وجد المشترى بالمبيع عيبا فجاء يرده بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشترى هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا فائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد رحمه الله القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث لان بطلان حق المشترى في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ له بحدوث العيب باطن فاذا ادعى المشترى باطنا ليزيل به ظاهرا لم يصدق

✱(باب البيع الفاسد)✱

✱(باب البيع الفاسد)✱ تاخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه

✱(باب البيع الفاسد)✱

المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم وتوقف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمد ان أقر الغاصب أو جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير ولنتمم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع الرهن والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجيزا وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا اذا علم عند محمد وعند أبي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا اختلاف وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه أخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعني سواء كان البذر منه أولا فان أجاز فلا أجر لعمله وفي النوازل فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود ولينتدفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم انه وان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول أنه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده أصلا فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فانه مأخوذ في مفهومه أو لازم له انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بانه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضا في البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم أو التسلم الا بضرر كجذع من سقف ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحبل الحبلة تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر واذ لا يمكن شرعا الا بذبحها اذ في قطعها حية عجز عن التسليم لانه بتصييرها ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن

واذا

ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا على الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا أصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما أورث خللا في ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه في غيره

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال في وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى الاعم للباطل لا المقابل له

كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال فانه أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع أبطل تقومها في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا آنفا ان لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة أو تغليبا كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أي في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الباطل والفاسد فان الاعم لا ينفى عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد باجماع علماء الامصار (وكذا بالحر) بان يجعل الميتة والحر ثمنا للثوب مثلا وذلك (لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد) يعني ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) ف(فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه) أي كلا من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا في

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد) والفاسد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس (قوله هذه فصول) أي مسائل جمعها أي القدوري رحمه الله فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميتة والدم ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الاولى وذلك لان الباء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع ألا ترى أن البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجودا ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميتة والدم ثمنا لان يبطل بجعلهما مبيعا أولى وهذا اللفظ يجري على عمومه فيما اذا أريد بالميتة الحيوان الذي مات حتف أنفه وأما اذا أريد بها المختنقة والموقوذة فليس يجري على عمومه فان بيع المختنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وان كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس أهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بان يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ألا ترى أن المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة (قوله عند أحد) أي من له دين سماوي وهذا لان صفة المالية للشيء بتمول كل الناس أو بتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد تثبت صفة التقوم بدون المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان أبيح الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس اياه (قوله فانه مال عند البعض) أي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقا

(قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضمير به راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذي مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضي بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه أنه ليس محرما عندهم تامل فان فيه ما لا يخفى (قوله أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خبير بان قيد التقوم مما لا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله

دين سماوى باطل وهذا أسهل وانما الاشكال فى جعل حكمه الملك افنافيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعنى اذا جعلا مبيعا (فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المقايضة (ففاسد والفرق أن الخمر مال) فى الجملة فى شرع ثم أمر باهانتها فى شرع نسخ الاول وفى تملكه بالعقد مقصودا اعزازله حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل فى المقايضة بطريق أولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا أيضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت جهة اعتبار الثمنية والمبيعية فى كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر فى جعل الثوب المبيع وجه البطلان فى بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بى أعطى ذمته من الذمات ذكره فى صحيح البخارى وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصحيح لعن الله الخمر الى أن قال وبائعها وفى الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فأكلوا أثمانها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيأ حرم ثمنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التى يبطل العقد بها وعليها التى ماتت حتف أنفها أما المخنقة والموقوذة فهى وان كانت فى حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف فى التجنيس مطلقا عن الخلاف وفى جامع الكرخى يجوز بينهم عند أبى يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كأحكامنا شرعا الا ما استثنى بعد الامان والذى استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن أبى حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة تجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف فى جواز البيع وقوله فى الذخيرة فى المخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهى مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه) أى فى البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (لان العقد غير معتبر فبقى) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الائمة السرخسى وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الائمة الثلاثة (لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما كـ) الخلاف الكائن بينهم فى (أم الولد والمدبر) اذا بيعا فماتا عند المشترى لا يضمنهما عند أبى حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على

أو أراد أن كل واحد منهما مال متقوم عند البعض أى عند أهل الذمة (قوله ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه) أى فى البيع الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ فمنهم الشيخ الامام أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففيه اتفاق الروايات على أن المشترى يملكه وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع هل يملك ذكر فى المأذون أنه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيأ لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما اذا كان الثمن شيأ يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذنا له بالقبض كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله فى الجامع الصغير وعند

وقوله (والباطل لا يفيد ملك التصرف) كأنه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع فى يد المشترى فى الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبى أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة نص على ذلك فى السير الكبير نقله أبو المعين فى شرح الجامع الكبير (لان العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الائمة السرخسى وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه (يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة أما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث فى العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد ابن مسلمة البلخى (الاول قول أبى حنيفة والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى

تعالى

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أى اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر فى المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيأ لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما اذا كان شيأ يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك الملك لجاز للمشترى وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز أخذ الشفعة للشفيع فى الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فيما ذكرت لان فى الاشتغال بالوطء والاكل اعراضا عن الرد وفى القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا فى مبنى جواز التصرف للمشترى فى المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبنى على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار أخرى فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصى عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشترى ثم أعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه أى فى البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعى

تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة الا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وفى تملكه بالعقد مقصودا اعزازله وهذا

سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك أولى ولبن ينصر المروى عنه من عدم الضمان ان الضمان فى المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند جهة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف فى تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا (والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا أو القيمة وكذا اذا قبضه فى مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفى غير مجلس العقد هل يملكه سيأتى تمام هذه المسائل فى أحكام البيع الفاسد وكذا الخلاف فى أن المملوك التصرف أو العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله (وفيه) أى فى ثبوت الملك بالقبض فى البيع الفاسد (خلاف الشافعى وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المصنف فى فصل الاحكام

مشايخ بلخ رحمهم الله الفاسد يفيد ملك العين وعند مشايخ العراق يفيد ملك التصرف لا ملك العين ولهذا لا يجوز للمشترى أن يطأ جارية اشتراها بشراء فاسد ولا شفعة فى الدار المشتراة به ولا يحل أكل طعام اشتراه به وأما مشايخ بلخ رحمهم الله فقالوا ان جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الاصح بدليل أن من اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشترى أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب على البائع الاستبراء ولو باع الاب أو الوصى عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشترى وأعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام أنه يملك العين وانما لم يحل وطء الجارية المشتراة بشراء فاسد لان فى الاشتغال بالوطء اعراضا عن الرد قال الامام الحلوانى رحمه الله يكره الوطء ولا يحرم كذا فى اليتيمة ولم يثبت الشفعة لان فى قضاء القاضى بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره ولا يحل أكله لما فيه من الاعراض عن الرد (قوله ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير) فسر الدين بهما لانهما أثمان أبدا لانهما خلقتا فى

وسنبينه بعد هذا فى أول الفصل الذى يلى هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعنى كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثانى فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة الا انه غير متقوم أى غير معزز يقابله قيمة لان الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لا يكون معززا فلا يكون متقوما وفى تملكه بالعقد مقصودا أى بجعله مبيعا اعزازله وهو خلاف المأمور به وبيانه

(قوله فالجواب انما لم يحل وطؤها) أقول وسيجىء فى فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم حل تناول الطعام المشترى شراء فاسدا وعدم حل وطء الجارية المشتراة كذلك (قوله الا أنه غير متقوم أى غير معزز) أقول يلزم فالظاهر أن يقول غير معزز

ماذكره بقوله وهـذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب فى الذمة وانما المقصود الخمر ففى جعله
كذلك خـلاف المامور به فيسقط التقوم أصلا لئلا يفضى الى خلاف المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر
لان مشترى الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر ففيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل

لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب فى الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان المشترى للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا فى تملك الثوب لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام

البيع الفاسد أى يبين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدورى قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله

الاصل ثمن الاشياء وقيمتها قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة فسر الثمن بالدراهم وقال الفراء الثمن ما يكون فى الذمة والدراهم والدنانير لا تتعينان على أصلنا فى عقود المعاوضات وانما ينعقد على مثلها دينا فى الذمة فجعلوا الدراهم والدنانير اثمانا لهذا والاعيان التى ليست من ذوات الامثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة أبدا والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهى مبيعة وثمن فان قابلها بالدراهم والدنانير فهى مبيعة وان كان فى مقابلتها عين فان كانت المكيلات والموزونات معينة فهى مبيعة وثمن لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس أحدهما بان يجعل مبيعا باولى من الآخر لان المكيل والموزون يتعينان فى البياعات كالعروض فجعلنا كل واحد منهما مبيعا من وجه ثمنا من وجه وان كانت المكيلات والموزونات غير معينة فان استعملت استعمال الاثمان فهو ثمن نحو أن يقول اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة و يصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم (قوله فسقط التقوم أصلا) أى لم يظهر حكم التقوم فى نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان الثمن يثبت فى الذمة بالعقد وثبوته فى الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت فى الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم فيبطل العقد أصلا وان كان قوبل بعين ظهر حكم التقوم فى حق تملك العين فصار العقد منعقدا فى حق العين ولم يصح تسمية الخمر فى نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يملكه مجانا بل بعوض وقد تعذر مقابلته بذلك العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فيصار الى قيمة هذا العوض ضرورة والعقد الصحيح يقع مضمونا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيأ هو عنده مضمون بالقيمة لم يحتج الى قبض جديد للمشترى حتى يكون الهلاك عليه و يتم العقد الا أن ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط بينهما بتراضيهما وهو الثمن مقام ذلك لهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصلى وههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصلى فوجبت القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذى يوجبه العقد متى انعقد البيع ولم يظن غيره (قوله وكذا اذا باع الخمر بالثوب) أى يكون البيع فاسدا لا باطلا وان كان فيه شبهة كون الخمر مبيعا لدخول الباء فى الثوب ولكن قد ذكرنا أن المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهى مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان الخمر والثوب معينين فلما كان فى الخمر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن الالغاء والبطلان بقدر الامكان (قوله لكونه مقايضة) المقايضة هى بيع العرض بالعرض سمى بها لتساوى العوضين فى العينية يقال هما قيضان أى متساويان (قوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد) وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل

لغيرها وليس فى ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان فى الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) أى باطل وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ماذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتفى الآخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين

اعتقها

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزيلعى أى فى حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه سيجىء فى آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكر موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

انعقاد سبب الحرية فى حق المدبر فى الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافى اللوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت فى الحال لانه لو لم يكن ثابتا فى الحال لكان اما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثانى لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا فى الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة فى حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة فى حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفى الآخر وانما قيد بقوله فى حق المولى لانها غير لازمة فى حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم فى البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء و بقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية و بيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا فى البيع ابتداء

أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد فى المدبر فى الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفى المطلق خلاف الشافعى رحمه الله وقد ذكرناه فى العتاق

عليه وسلم فى أم الولد (أعتقها ولدها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها لعتق على وجه اللزوم و بتصحيح التدبير شرعا وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق فى الحال لانتفاء أهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا فى الحال (والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر فى الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن فى دين وحديث أعتقها ولدها تقدم فى باب الاستيلاد واذا كان أقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد منه بالاجماع (ولو رضى المكاتب ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه) وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمدبر (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعى رحمه الله فى جواز بيعه فى كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن و يلزم مشتريهما حصته من الثمن المسمى وأجيب بان المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما ملك القن المضموم اليهم فلدخولهم فى البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى أصح الروايتين وهذا الجواب بما يوهم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه و جاز أن يختلف

عليه الابطال كذا فى الجامع لفخر الاسلام (قوله لازمة فى حق المولى) حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة ولا

لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجىء قال (ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع و روى فى النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار فى التدبير وفى المطلق خلاف الشافعى وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد أو المدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبى حنيفة وهذا ليس على

ظاهره بل الروايتان عنه فى حق المدبر روى المعلى عن أبى حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لماليتها والفرق لابى حنيفة بين ضمان الغصب فى المدبر وضمان بيعه فى غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول فى ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أى كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما فى البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان فى المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه فلا يتحقق فى حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول فى العقد وتملك المضموم

(قال المصنف وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أى تضمين قيمة المدبر دون أم الولد ففى كلامه تساهل وسيجىء فى باب كتابة العبد المشترك من الاكمل وغيره ان فى تقويم أم الولد روايتين عن أبى حنيفة

قال (وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ماضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة

أفراد نوع شرعى في الحكم الشرعى لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالباطل قلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتحد اللازم على تقديرتأويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ماهو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصور فلو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشترى ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبى الحر اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبى بشرطه أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتيهما هذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أى كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ماضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجملة على ماذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين أعنى التى تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وماصرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لمالم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا فبفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض ليشترى بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم أن لا يضمنا لانهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد الموافقة وانمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق أن المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء ومانحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والا صار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أى حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلابد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقى بمجرد قبض باذن المالك فلو أوجبناها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعى ذلك

يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك أن يعجز نفسه (قوله حتى يملك ماضم اليهما) كما اذا جمع بين قن

ولابى حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أى أم الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة

(قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشترى من

البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشترى لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال ولا (يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لانه باع مالا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشترى لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شئ واذا قسم الثمن على قيمتى المضموم وأم الولد والمدبر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم ذلك في العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك مايدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء ابن المسيب بن رافع عن الحرث العكلى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تبايعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر *(فروع)* من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها لجففها من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه الا أن يأتى فيحوزه ومثله اذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك مايقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك فلواحد أن يسبق فيأخذه مالم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله ماطرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلى خلاف هذا قال أهل مكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له أولا أما النحل اذا عسل في أرض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم باصله بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد

ومدبر صح البيع في القن ولو لم يدخلا في البيع لما انعقد على القن كما لو جمع بين حر وقن (قوله وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما) لانهما ليسا بمحل البيع فلا يفيد دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغى أن يكون في ضم الحر الى العبد هكذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع أما المدبر وأم الولد فمال وانما امتنع البيع لتضمنه بطلان الحرية (قوله فصار كمال المشترى) كما لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة فان عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق الآخر وهذا لانهما مالان حقيقة حران من وجه فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد دون الحكم

المشترى فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشترى عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل أن يصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد بيع مالا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو اما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشترى فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى مالم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعنى الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها أما بمجرد

 الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز لا يشكل بما اذا عسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانها ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز (بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الاول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيراله طير في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا (ولا) يجوز (بيع الحمل) أي الجنين (ولا نتاج الحمل) وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل والنتاج في

الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمى به المحمول كما سمى بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا لمعنى الانوثة فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللبن في الضرع للغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرع منتفخا بطن لبنا والغرر منهى عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشترى يستقصى في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من باب أوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها المبيع

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا (ولا اللبن في الضرع للغرر) فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لانه من أوصاف الحيوان ولانه ينبت من أسفل فيختلط

وكذا الفرخ لا علاك الا باعداد المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وارساله غير مقدور التسليم) عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوى وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضيخان وان باع طيراله يطير ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين (ولا النتاج) لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يبتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطا أنبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين ما في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف (للغرر فلعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد وأجازه مالك أياما معلومة اذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع الثمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لانه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشترى على وجه يعجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من أوصاف الحيوان) لانه يقوم به ولانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولانه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط

عملا بالدليلين بخلاف الحر لانه ليس بمال بوجه (قوله ولا بيع الحمل ولا النتاج) الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو المراد من حبل الحبلة في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل ذلك بالنهي ولان فيه غررا وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو ما انطوت عنك مغبته وخفيت عليك عاقبته (قوله لانه من أوصاف الحيوان) الصوف قبل الجزاز وصف الحيوان لان ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك (قوله ولانه ينبت من أسفل) بضم الباء وذلك يتبين فيما اذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها أياما فالمخضوب يبقى على رأسه لا على أصله بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها حتى لو ربطت خيطا) في أعلاها وتركت أياما يبقى

٣(قوله لان استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم فيه أن ينازع فيه ٣ قوله قوله لان استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لانا

أجاب بانها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركت أياما يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن والاعلى ملك المشترى وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فانه ينمو من أسفله فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بان القصيل وان أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع وأما القطع في الصوف فتعين اذ لم يعهد فيه القلع أى النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم قال (وجذع في سقف) اذا باع جذعا في سقف أو ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز

لم نعثر عليها اه مصححه

المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال (وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع أو لم يذكراه) لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه

المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم الخلاف (لانها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشترى وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشترى لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل لانه) يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى الى آخره) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كابي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو أليتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجر أي

الخيط أسفل مما في رأسها الآن وأعلى ملك المشترى (قوله في هذا الصوف) أي الصوف على ظهر الغنم (قوله لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر) ولا يقال بانه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا وفي الفوائد الظهيرية العقد مشروع والضرر غير مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا يلزم المحاباة لانه ليس فيه تفويت باستهلاك المال ولا بيع الحباب في الدار اذا لم يمكن اخراجها الا بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعيب وغيره أيضا وفي الحباب انما يتعيب البناء دون الحباب وفيما اذا اشترى نخلا أو شجرا على أن يقطعه المشترى أو زرعا على أن يحصده قالوا يجب أن يجوز لانه أمكن تسليمه من غير أن يتصل بالارض ضرر وفي هذا التعليل اشارة الى أن التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا

(قوله فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة) أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر بمنازعته اذ لا وجه لها والاولى عندي أن يقال بدله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتأمل

لانتفاء العلة (ولو لم يكن الجذع معينا لايجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أوقلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى فى التمر أوالبزر فى البطيخ لم يصح وان شقهما وأخرج المبيع لان فى وجودهما احتمالا) أى هو شئ مغيب وهو فى غلافه (٥٢) فلايجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة فى سنبلها وأمثالها بيع مافى وجوده احتمال

ولو لم يكن معينا لايجوز لماذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أوقلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أوالبذر فى البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما وأخرج المبيع لان فى وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال

لايجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أى ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما مالا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوى فى آخره من حائط أوذراع من كرباس أوديباج لايجوز ممنوع فى الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به أما مالا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لايجوز بيع حلية من سيف أونصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر فى التسليم فى كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أجيب بانه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى مافيه وقول فخر الاسلام ان رضى فله ان يرجع فيبطل البيع الا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما ايراد المحاباة فدفع بانه ليس فيه استهلاك مال نعم يرد بيع الحباب التى لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأجيب بان المتعيب الجدران دون الحباب وهذا يفيد أن المنظور اليه فى المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لابد من سماع كمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن فى الضرع والسمن فى اللبن أفاد ان المنع اذا كان لايسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وأليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم فى التسليم من الضرر على البائع فى المبيع فخرج بيع الحباب التى يحتاج فى تسليمها الى هدم ما كان الابواب على من يصحح بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعنى الجذع والذراع (لايجوز لماذكرنا) من لزوم الضرر (وللجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لايجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أوالبزر فى البطيخ) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (لايعود صحيحا) لان الفساد للغرر (اذ فى وجودهما احتمال) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما

لا يمكن القلع الا بحفر الارض وعند البعض يجوز للتعامل فصار كبيع الكراث يجوز للتعامل وان كان القياس يأبى جوازه لانه ينمو من أسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل فى الصوف على ظهر الغنم فبقى أصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القطع نحو القميص والعمامة (قوله أما الجذع فعين موجود) فان قيل لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لايجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عينا موجودا وكذلك لو باع كرشها أوأكارعها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وان كان عينا موجودا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هنالك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال فى نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وضرب

فانه شئ مغيب فى غلافه وهو جائز أجيب بان جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت فى سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف فى أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) اشارة الى اتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين فى السقف بان الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لايجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع فى السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هنالك معنى أصليا الا انه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شئ غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال فى نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمى لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم

قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها ومنه نهى عن ضربه وفى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلى وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز أن لا يدخل فى الشبكة شئ من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيأ قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذة مثل كيل ما على النخل من الثمر خرصا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ ولا يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة فى التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله فى مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص (٥٣) فى العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذى

(وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة

يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم فى بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هنالك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقى ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس هو وجود البيع الصحيح ونوقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أوسواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بان للمنع هنالك لعلة أخرى غير لزوم الضرر فى التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص منعه وهو النهى عن بيع الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والسمن فى اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا أزال المانع بالذبح والفصل فان قيل يتناوله بعد الفصل النهى عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع فى السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول بعتك (ما يخرج من) القاء هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال فى تهذيب الازهرى نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلى فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا والجهالة ما يخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة) فى الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم فى لفظ وزعم جابر أن المزابنة

الشبكة على الطائر ألقاها عليه ومنه نهى عن ضربة القانص هو الصائد وفى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلى وذلك أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا (قوله ولان فيه غررا) لانه يجوز أن لا يدخل فى الشبكة شئ من الصيد الزبن الدفع وناقة زبون تزبن حالبها ومنه

على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق وأنث الضمير فى قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى العرايا فان فى الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ماذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل يوم لكون أهله فى البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع فى الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء فى حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص فى العرايا فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر والثانى أنه جاء فى حديث سهل رضى الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله فى المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وعن الثانى انه على ذلك التقدير ينافى قوله عليه الصلاة والسلام المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزابنة الى قوله من المجذوذ لايجوز) أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجر والرفع أى كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لايجوز خبره

فالمزابنة ماذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ

بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزابنة) بالتفسير الذي ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا ان تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا ووافق الشافعي أحمد في ذلك الا أنه لم يبحها الا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو وأهله عنه وروي هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل نخلة من نخلة فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية ألا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل عليه بان العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من

الزبون للابله الذي يغبن كثيرا على الاسناد المجازي واستزبنه وتزبنه اتخذه زبونا والمزابنة بيع التمر في رؤس النخيل بالتمر كيلا من الزبن أيضا لانها تؤدي الى النزاع والدفاع (قوله يجوز فيما دون خمسة أوسق) ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان قلنا العرية العطية قال عليه السلام للخراصين خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة

قاله

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر) سام البائع السلعة أي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها بيع الملامسة

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فاذا لمسها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال (ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها) المراد الكلأ أما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه

فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث ان حدث كذب وان وعد اخلف وان اؤتمن خان وأما ماذكر من تأويل العرية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر فيأكلونه رطبا وقال متفق عليه فقدوهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم أجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة) الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم اما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بأن يكون مثلا في ظلمة أو يكون مطويا مرئيا متفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصاة وثمة أثواب فاي ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو اذا لمسته أو نبذته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لا أنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت التزاما لانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعتك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعي) ثم فسرها بالكلأ دفعا لوهم أن يراد مكان الرعي فانه جائز (ولا اجارتها أما البيع فانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه) اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ

أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده (قوله وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة) الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر ولكنه ألحق ببيع الملامسة والمنابذة بطريق الدلالة وهو أن يتساوما فان أحب المشتري الزام البيع لمسها بيده أو وضع الحجر فيكون مشتريا لها رضي مالكها أو لم يرض وان أحب مالكها الزام البيع ينبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المنتقى قال أبو حنيفة رحمه الله الملامسة أن يقول أبيعك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والقاء الحجر أن يقول المشتري أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (قوله الكلأ) واحد الاكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب وانما قال المراد الكلأ لان لفظ المرعى

هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضي مالكها بذلك أو لم يرض وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته وأي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وأي ثوب نبذته الى فقد اشتريته (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الا أن يقول على انك بالخيار ان تأخذ أيهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها) والمراد به

(قوله وأي ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روى عن محمد وقيل ما ليس له ساق وما له ساق فهو كلأ وانما فسر المراعى بذلك لان لفظ المرعى يقع
على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع
الاراضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلانه غير مملوك لاشتراك

بالحديث وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر
بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى

يملكه بدونه (للحديث) الذى رواه أبو داود فى سننه فى البيوع عن حريز بن عثمان عن أبى خراش بن حبان
ابن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعه
يقول المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والنار والكلأ ورواه أحمد فى مسنده وابن أبى شيبة وأسند ابن أبى
عدى فى الكامل عن أحمد وابن معين انهما قالا فى حريز ثقة وجهالة الصحابى لا تضر ومعنى الشركة فى النار
الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعنى اذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلى بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له
ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدورى ومعناه فى الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار
والحياض والانهار المملوكة وفى الكلأ ان له احتشاشه وان كان فى أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن
يمنع من الدخول فى أرضه فاذا منع فلغيره أن يقول ان لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى اليه أو تحشه أو تستقى
وتدفعه لى وصار كثوب لرجل وقع فى دار رجل اما أن يأذن للمالك فى دخوله ليأخذه واما أن يخرجه اليه أما اذا
أحرز الماء بالاستقاء فى آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا نبت بنفسه
فاما لو كان سقى الارض وأعدها للانبات فنبتت ففى الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار
الصدر الشهيد وكذا ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وزفر نبت الكلأ بانباته جاز بيعه وكذا لو حدق حول أرضه
وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كمأة فى أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء وقال
القدورى لا يجوز بيع الكلأ فى أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع
بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغى ان حافر البئر
يملك بناءها ويكون بتكلف الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض
لينبت فله منع المستقى وان لم يكن فى أرض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلوانى عن محمد انه ما ليس له ساق وما له
ساق ليس كلأ وكان الفضلى يقول هو أيضا كلأ وفى المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو
واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلانها) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت
الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن فى استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا
(وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على

يقع على موضع الرعى وهو الارض فيجوز بيعها فلا يصح أن يراد وانما المراد بها ما يحويه المراعى من الكلأ
اطلاقا لاسم المحل على الحال (قوله بالحديث) وهو قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ
والنار والمراد بالماء الذى فى الانهار والآبار أما اذا أخذه وجعله فى وعاء فقد أحرزه فجاز بيعه وبالكلأ
ما نبت فى أرض غير مملوكة وما نبت فى أرض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون محرزا له
بكونه فى أرضه واذا أنبته صاحب الارض بالسقى والتربية فى أرضه اختلفت الروايات فيه فانه ذكر فى الذخيرة
والمحيط ولو باع حشيشا فى أرضه ان كان صاحب الارض هو الذى أنبت بان سقاها لاجل الحشيش فنبت
بتكلفه جاز لانه ملكه ألا ترى أنه ليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له
بل هو مباح الاصل ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه وفى القدورى ولا يجوز بيع الكلأ فى أرضه ولو ساق
الماء الى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه لان الشركة فى الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع

فلمعنيين أحدهما وقوع الاجارة فى عين غير مملوكة والثانى انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك قال
عين مملوكة بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لا الاعيان الا
اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ فى استئجار الصباغ واللبن فى استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئورة ولم

الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضى المملوكة والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول فى أرضه فان منع كان لغيره أن يقول له ان لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى الى حقى أو تحتشه فتدفعه الى أو تدعنى آخذه كثوب لرجل وقع فى دار انسان هذا اذا نبت ظاهرا وأما اذا أنبته صاحب الارض بالسقى ففيه اختلاف الرواية وذكر فى المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدورى انه لا يجوز بيعه لان الشركة فى الكلأ ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه وأما عدم جواز الاجارة

يذكران اجارة الكلأ وقعت فاسدة أو باطلة وذكر فى الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع
النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا أى مجموعا وهو قول الشافعى لانه حيوان منتفع به حقيقة
باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار

قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا
كان محرزا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل
كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا
به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخى رحمه الله

استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر فى الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة
بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل فى لبن الآدمية انه فى حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن
متلفه والحيلة فى ذلك أن يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى
فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز اذا
كان محرزا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محرزا (فيجوز
بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعهما وان لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما
(ولابى حنيفة وأبى يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية
وهذا وهو أنه فى نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الجحش
فانه ينتفع به فى ثانى الحال فقبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو فى نفسه هامة
من الهوام ولذا قال فى الجامع الصغير ان وجد بها عيبا بكم يردها شارة الى أن النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا
لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخى كالشرب والطريق وقال القدورى انه حكى عن أبى الحسن
الكرخى انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل فى البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه
والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر فى جامعه هذا التعليل بعينه عن أبى يوسف والتبعية لا تنحصر فى
الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل فى الوجود والنحل تابع له فى المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف
وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وفى التهذيب كوارة النحل مخففة وفى المغرب بالكسر من غير

الشركة بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقى الكلأ على الشركة فلا يجوز وذكر الامام
التمرتاشى والاسبيجابى عن المتأخرين اذا أنبت الكلأ بسقى رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه
قبل الاحتشاش ولو احتشه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو مختار الشهيد وان نبت الشجر فى أرض
مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا بانباته وذكر الحلوانى عن محمد رحمه الله الكلأ ما ليس له ساق
وما قام على الساق فليس بكلأ مثل الحاج وكان الفضلى يقول هو كلأ ومعنى اثبات الشركة فى النار الانتفاع
بضوئها والاصطلاء بها أو تجفيف الثياب بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبها وذكر فى
الفوائد الظهيرية وكذلك لا يجوز الاجارة لان المستحق بالاجارة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان
آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ فى استئجار الصبغ واللبن فى استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة
والظؤورة وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله بخلاف استئجار الظئر حيث يجوز لان لبن بنات آدم فى حكم
المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه (قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه) احترز بقوله لا بعينه
عن بيع المهر والجحش فانهما وان كان لا ينتفع بهما فى الحال ولكن ينتفع بهما فى المآل باعيانهما فيجوز
البيع الكوارة بالضم والتشديد عن الغورى معسل النحل اذا سوى من طين (قوله كذا ذكره الكرخى
رحمه الله) هكذا ذكره ههنا وذكر فى موضع آخر أن هذا قول القدورى وأنكر أبو الحسن وهو الكرخى

 وقد حكى عن الحسن الكرخى انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل

ولهما انه من الهوام وهى المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال فى الجامع الصغير أرأيت ان وجد بها عيبا بكم يردها وفيه اشارة الى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة فى عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعنى لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم فى الحال قيل قوله لا بعينه احترازا عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما فى الحال لكن ينتفع بهما فى المآل باعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهى معسل النحل اذا سوى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكر الكرخى فى مختصره وقال القدورى فى شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أى عن الايقاع (قوله قيل قوله لا بعينه احترازا الخ) أقول القائل هو الاتقانى والخبازى (قوله وفيه بعد لخروجهما
الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج و يحصل منهما فى مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به

في البيع على طريق التبع ماهو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا أنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف قال (ولايجوز بيع دود القز و بيضه) وهو البزر الذي يكون منه الدود لايجوز عند أبي حنيفة لانه من الهوام و بيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال (٥٨) وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيعه قيل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف

بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل و بيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع أبي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى أن أبا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده فاما اذا كان تبعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا تبعا لما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة كذلك قال (ولايجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لايجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لايكون آبقا في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أولا ان كان قبضه لنفسه

(ولايجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لانه من الهوام وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولايجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم (ولايجوز بيع الآبق) لنهي النبي عليه الصلاة

تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغرب يبين بالضم (قوله ولايجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له) وأجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به) وأجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته و جعل منتهى الاجل في وقته و جوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لايخفى أن محمدا ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لايختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لايجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد أبي حنيفة في هذه وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ماسواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولايجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود و ورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لايجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الاوراق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما اذا كانت في برجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها وأما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونه لايعود أو عروض عدم عوده لايمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لايعود (قوله ولايجوز بيع الآبق) الآبق اذا لم يكن عند المشتري لايجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة و يجوز عتقه غير انه اذا أعتقه

جواز بيع النحل مع العسل وقال انما يدخل الشئ في البيع تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان وعليه الفتوى) اعتبارا للعادة ولانه يتولد منه ماهو منتفع به فيصح بيعه كبزر البطيخ ففي دود القز مر أبو حنيفة رحمه الله على أصله المذكور في بيع النحل وكذا محمد رحمه الله مر على أصله فقال بالجواز فيهما وأما أبو يوسف رحمه الله ففرق ففي بيع النحل مع أبي حنيفة رحمه الله وفي بيع دود القز مع محمد رحمه الله فقال ما ظهر من القز منتفع به في المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وعندهما يجوز)

قال المصنف (ولايجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لابد لابي حنيفة من الفرق بين بيع النحل و بين بيع دود القز حيث جوز الاول تبعا دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير الخ) أقول فيه تأمل (قوله والآبق الذي الى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل والسلام

يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما أن يشهد على ذلك أولا فان كان الاول لايصير قابضا لانه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى (وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لتأكده باللزوم والملك أما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه و بعد القبض ليس للبائع (٥٩) فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان

يثبت الملك من الجانبين على ماهو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لايصير قابضا عند أبي يوسف وقول المصنف يجب أن يصير قابضا كأنه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لايجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ماليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز وأجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم

والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الا أن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لايصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لايجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق

عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لايجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف مالو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل لايجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لايعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع و به أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل

لمكان الضرورة وقال الامام المحبوبي رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فانه اختيار الصدر الشهيد رحمه الله (قوله وكان أشهد عليه) أي أنه يأخذه للرد على المولى لانه أمانة عنده وقبض الامانة وهو أدنى لانه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لانه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله وان لم يشهد فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله أي لايصير قابضا وعندهما يصير قابضا عقيب الشراء وان كان أخذه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء عندهم جميعا (قوله ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد) و يحتاج الى بيع جديد و به أخذ جماعة من مشايخنا و به كان يفتي أبو عبد الله البلخي وهكذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله لان شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتا وقت البيع فلايجوز وان وجده من بعد وصار كما لو باع خمرا فصار خلا في المجلس وسلمه أو باع طيرا في الهواء أو

التوى بالاباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته والتوى ينافيه وروي عن أبي حنيفة أن العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد و به أخذ الكرخي و جماعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

لايتم ذلك العقدلانه وقع باطلالانعدام المحلية كبيع الطيرفى الهواءوعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد اذالم يفسخ لان العقد انعقدلقيام المالية والمانع قدارتفع وهو العجزعن التسليم كما اذاأبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله قال (ولايبيع لبن امرأة فى قدح)

أوفاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لايرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لامبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا فى بيع الطيرفى الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لايخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لوأخذه بعدبيعه وسلمه فطائفة مع الكرخى يعود جائزا والبلخيون لايعود جائزا فبالضرورة ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع أوغيره فان كان له فنافذ أولغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد والافاسد وأما حديث النهى عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقى قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطى قال حدثنى من سمع محمد بن ابراهيم التيمى عن أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء مافى بطون الانعام حتى تضع وعن بيع مافى ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم ابن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى يرفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا الضعف بحسب الظاهر صحيح فى نفس الامر (قوله ولا بيع لبن امرأة فى قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لايكون فى قدح الابعد انفصاله أماعين القدحية

قال (ولا لبن امرأة فى قدح) قيد بقوله فى قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن بيعه فى الضرع لايجوز كسائر البان الحيوانات وفى القدح يجوز فقال انه لايجوز

(قوله لدفع ماعسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جدا بعدما سبق قوله ولا اللبن فى الضرع

سمكا فى الماء ثم أخذه وسلمه فى المجلس فانه لايجوز (قوله لانعدام المحلية) لان محل البيع مال مقدور التسليم والآبق ليس بمقدور التسليم ولان المالية فى الآبق تاوية فهو كالمعدوم حقيقة فى المنع من البيع فان قيل فلم جاز اعتاقه قلنا الاعتاق ابطال الملك فلا نسلم تواه بالاباق وأما البيع فاثبات الملك للمشترى والتوى ينافيه فلا يثبت وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد وبه أخذ الكرخى رحمه الله وجماعة من مشايخنا وذكر القاضى الاسبيجابى رحمه الله وبعد ظهور الآبق فايهما امتنع من البائع والمشترى يجبران على التسليم والتسلم ولايحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشترى رفع الامر الى القاضى وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضى العقد بينهما ثم ظهر العبد فحينئذ يحتاج الى بيع جديد كذا فى الذخيرة (قوله والمانع قدارتفع) وهو العجز فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة كذا فى المبسوط ولو باع الآبق من ابنه الصغير لايجوز ولو وهبه له أوليتيم فى حجره جاز لان ما بقى له من اليد فى الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الآبق عن الكفارة جاز اذا علم حياته ومكانه كذا ذكره التمرتاشى (قوله ولا يبيع لبن امرأة فى قدح) وانما قال فى قدح لانه لولم يذكر القدح لتوهم أنه يجوز بيعه اذا كان فى القدح وانما لايجوز بسبب كونه فى الثدى كما هو الحكم فى ألبان سائر الحيوانات أنه اذا باعه وهو فى الضرع لايجوز واذا كان فى القدح أوفى غيره من الاناء يجوز (قوله لانه مشروب طاهر) فى النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احترازا عن الخمر وعما لايتقوم فى نفسه مع كونه طاهرا كحبات الحنطة لعدم الانتفاع فانه لايجوز بيعهما للفوات وصف الطهارة فى الخمر وفوات وصف التقوم فى حبات الحنطة ولنا أنه جزء الآدمى فلا يكون مالا لان المال هو غير الآدمى خلق لمصلحة الآدمى مما يجرى فيه الشح والضنة ومحل البيع هو المال حتى لاينعقد فى غيره أصلا وأما دلالة أن اللبن جزء الآدمى فهو أن الشرع أثبت حرمة الرضاع

وقال

فى قدح وجوز الشافعى بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمى لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية وجزء الآدمى ليس بمال لان الناس لايتمولونه وماليس بمال لايجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمى لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمى أجيب بأنا لانسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألاترى ان الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت (٦١) (قوله وهو) أى الآدمى بجميع أجزائه مكرم

وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمى وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولافرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلارق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التى هى ضده وهو الحى ولاحياة فى اللبن

فليس قيدا بل سائر الاوانى سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كى لايظن أن امتناع بيعه مادام فى الضرع كغيره بل على سائر أحواله لايجوز بيعه ولايضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعى يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لايجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه فى العين الرمداء وبعضهم أجازه اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمى مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولافرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن أبى يوسف انه يجوز فى لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المالية ولامالية للانسان الا ما كان محلا للرق (وهو الحى ولاحياة فى اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولابد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الآدمى مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن التى قلعت لاضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطء فى حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لاينتقص شئ من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففى اشاعته ببيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لايقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس الالمنفعة أخرى

المعنى البعضية فلما كان هو جزء الآدمى والآدمى بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وغيره فلذلك لايجوز بيعه فان قيل أجزاء الآدمى مضمونة بالاتلاف فوجب أن يكون اللبن كذلك قلنا أجزاء الآدمى لاتضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل ألاترى أن الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذلك السن اذا نبتت الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينقص شيأ تعظيما للبضع ألاترى أنه يجب وان أذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف فانه لاضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطء ملحق بالنفس حكما فى حق الضمان احتراما للماء الذى منه النفس وباتلاف اللبن لاينتقص من الاصل شئ فلايضمن كذا فى الاسرار وأما قوله انه مشروب طاهر قلنا لانسلم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء فى تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لايتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة حتى لو استغنى لم يبح شربه وصبه فى عين رمدة عند بعض أصحابنا لايجوز وقيل يجوز اذا علم أنه يزول به ولايدل هذا على أنه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يتملك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لايدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء مافى الثدى من اللبن وذلك لايحتمل البيع بالاتفاق وأما مايحلب بالقوارير فقلما يحصل به غذاء الصبى وفى تجويز بيع ذلك فساد فانه يثبت حرمة

يجوز أن يكون دليلا آخر وتقريره أن الآدمى بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولامصون عن الابتذال ولا فرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبى يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلايجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وماحل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلارق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التى هى ضد الرق يعنى العتق وهو أى المحل هو الحى ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذ لاحياة فى اللبن لايرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أوفى حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثانى مسلم لانه غذاء فى تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لايتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لايدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولايجوز بيعه قبل الاحراز كالكلا فعلم أن مجرد ذلك لايكفى (قوله وتقريره أن الآدمى بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياس من الشكل الثانى (قوله لايرد عليه الرق) أقول يعنى استقلالا (قوله وليست بمال) أقول اى متقوم

قال (ولايجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلايجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلاضرورة الى البيع ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابى يوسف رحمه الله ان الاطلاق

كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطئها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سهوب ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استاجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فانما علل للمنع بان الآدمى مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسياتى باقيه (قوله ولابيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلايجوز بيعه اهانة له) أورد عليه انه جعل البيع هنا فى لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله فى مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسى الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضى بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير فى غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا ببدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية اكرامه والآدمى مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابداله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع الامكان وجود مباح الاصل فلا تنافى (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يتاتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن بيعه فى محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة فى الخرز به بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتاتى بدونه كما ذكرنا الا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة فى خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع فى ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبى يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهى فى الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وماذكر فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يتخرج على القول بطهارته فى حقهم أما على قول أبى يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويتجمع على ثيابهم هذا

المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربى به من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يتمكن فساد فى الانكحة والله لا يحب الفساد (قوله فلايجوز بيعه اهانة له) فان قيل جعل البيع فى لبن الآدمى وشعره دليل الاهانة وفى شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشئ الواحد دليل الاعزاز والاهانة قلنا انما كان كذلك باعتبار المحل كما أن الاحراق اهانة فى حق الآدمى اعزاز فى حق الحطب حيث اعتبر به دون غيره وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى أن يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره للبائع وقيل لا يطيب الثمن للبائع ولا باس للاساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم وفى الشافى لو صلى ومعه شعر الخنزير أكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم وبسطا عند آخرين لم يجز عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله تجوز وفى الذخيرة هذا فى المنتوف وأما المجذوذ فطاهر (قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة) والصحيح قول أبى يوسف رحمه الله

قال (ولايجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين) ونجس العين لايجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بانه يوجد مباح الاصل فلاضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى ان يجوز لهم الشراء ولو وقع فى الماء أفسده عند أبى يوسف لان الاطلاق للضرورة ولاضرورة الا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر فى الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبى يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا فى التمرتاشى وقاضيخان

(٣) قوله سهوب كذا فى النسخ التى بأيدينا ولم نحرره اه مصححه

للضرورة

قال (ولايجوز بيع شعور الآدميين والانتفاع بها الخ) بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لايجوز وعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله اذ النجس لا يتبرك به ووجه الظاهر أن الآدمى مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شئ من اجزائه مبتذلا مهانا وفى البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة الواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمى اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا لامرين متنافيين وأجيب بان البيع مبادلة فلابد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما (٦٣) عظمه الشرع فليس ذلك من البيع فى شئ وانما

للضرورة فلا يظهر الا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولايجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الآدمى مكرم لا مبتذل فلايجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا ومبتذلا وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن قال (ولابيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب

المقدار (قوله ولايجوز بيع شعر الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الآدمى مكرم غير مبتذل فلايجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا ومبتذلا) وفى بيعه اهانة له وكذا فى امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه فى الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة فالواصلة هى التى تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها باذنها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص فى اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد فى قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والا لمنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء أيضا وفى الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة أيضا والنامصة هى التى تنقش الحاجب لترقه والمتنمصة التى يفعل بها ذلك (قوله ولابيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم فى الصلاة تقريره وتخريجه ولا خلاف فى هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهى متنجسة فكان ينبغى أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بان المتنجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهى كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه

لانه لو كان طاهرا مباح الانتفاع به يصح بيعه قياسا على عامة ما هذا شأنه وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبا أو خفا مخروزا بشعر الخنزير (قوله الواصلة التى تصل الشعر والمستوصلة التى يفعل بها ذلك) وروى عن محمد رحمه الله أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمى استدلالا بما روى أن النبى عليه السلام حين حلق) رأسه قسم شعره بين أصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا ما فعل وأنه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضى الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه أن يعود الى مثله فى المستقبل (قوله فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن أى يزيد فى أصول الشعر للتكثير وفى الذوائب للتطويل (قوله ولابيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لانا

هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر أولى ولان فى تناثر الشعور ضرورة وهى تنافى النجاسة وقال الشافعى نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهى ما يتخذ من الوبر ايزيد فى قرون النساء أى فى أصول شعرهن بالتكثير وفى ذوائبهن بالتطويل ولايجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روى عن الخليل وقدم فى كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس أجيب بانها خلقية فما لم يزايل

بالدباغ فهى كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا نهى وهو يقتضى المشروعية فن أين للجواز

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزيلعى انما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بان البيع مبادلة فلابد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما يماثله فى التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الا أن يقال لا نظير لذلك فى الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الاولى أن يقال فى جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالكا فجعله مملوكا اهانة له لكونه حطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكا رفع له عن مرتبته ولا بعد فى ايجاب الشئ الواحد أمرين متنافيين فى محلين مختلفين ألا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أى ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع فى شئ) أقول لعل

فالجواب أنه نهى عن الافعال الحسية وهو يفيد ـ طالع النقر ـ نطلع عليه (ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به) لان تأثيره في ازالة الرطوبات كالذ كاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة (والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به

في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدين تشهد أحدهما بشراء أرض بشربها بألف والآخر بشرائها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار أنه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية لانه

وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله

وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان البيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها) وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فان هذه الاشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي (وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضا

نقول هذه الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة فلما يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما النجاسة في الثوب فليس باصل الخلقة بل جاورته بعد أن لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغير حكم أصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمه الله (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله) لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعا به شرعا اعتبارا بسائر السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه (قوله حتى يباع عظمه) هذا اذا لم يكن على عظم الفيل وأنيابه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه (قوله فباع صاحب العلو علوه) أي حق التعلي

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدرى قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه أرض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز أيضا ذكره قاضيخان

وهذا أحد محتملي المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث فانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتملها الآخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما

لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما

مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته وجوزه مشايخ بلخ كأبي بكر الاسكافي ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما الاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالالزام به من رد المختلف الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما أنه حظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء وأجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجماعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس *(فرع)* باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة تحتمل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبة الطريق والمسيل و) أن يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسييل فان كان الاول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما) فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضا وهو المراد بالمسئلة

والمال هو المحل للبيع فان محل البيع هو مال أو حق يتعلق بالعين وحق التعلي يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه (قوله لانه حظ من الماء) والماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين فان قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي أن لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوما في الارض قلنا انما يجوز للضرورة وبفرضية وجوده كالسلم والاستصناع (قوله ولهذا يضمن بالاتلاف)

 قال المصنف (لانه حظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا أنه نصيب وليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعا ولا منفردا قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه ملكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكروه في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سبق فليتأمل وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

مر آنفا وان كان المحتمل الثانى فعلى رواية الزيادات لايحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كامر وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والاول حق التعلى وهو ليس بمال ولا متعلقا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثانى مجهول فعاد الى الفرق فى المحتمل الاول وهذه الرواية أعنى رواية ابن سماعة فى جواز بيع حق المرور تلجئ الى الفرق بينه وبين التعلى والفرق بينهما ماذكره بقوله ان حق التعلى تعلق بعين لاتبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لايرد عليها أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها فظهر من هذا أن محل البيع اما الاعيان التى هى أموال أو حق يتعلق بها وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) اعلم أن الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل

وأما المسيل فمجهول لانه لايدرى قدر مايشغله من الماء وان كان الثانى ففى بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احداهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلى وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلى على احدى الروايتين أن حق التعلى يتعلق بعين لاتبقى وهو البناء فاشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان (قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلابيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير

ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فمجهول لانه لايدرى قدر مايشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل أما لو بين حد مايسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده (وان كان) المراد (الثانى) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففى بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادات لايجوز وبه أخذ الكرخى لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له فى غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثى ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوى صاحب الكثير فى الانتفاع انتهى فقد جعل لصاحب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لايجوز (فوجه الفرق على احداهما) أى وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسييل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعلى) لايجوز باتفاق الروايات ومر وجه فساده وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفى هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلى بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرما اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كى لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذى يأخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلى حيث لايجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق لانه علل المنع فى حق التعلى بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه فى رواية وفى كل منهما بيع الحق لابيع العين وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهى مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلى فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بان حق التعلى يتعلق بالبناء وهو عين لاتبقى فأشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذاك لان البيع كما يرد على مايبقى من الاعيان كذلك يرد على مالا يبقى وان أشبه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لايجوز كالتسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى الى آخره) اذا اشترى هذه

بان يسقى أرضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما فى ثمن الارض لان الذى زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل بالشرب فصار كاختلافهما فى مقدار ثمن الارض وانما لم يجز بيعه مقصودا فى رواية وهو اختيار مشايخ بخارا للجهالة وبيع المسيل لايخلو عن خمسة أوجه اما أن يريد به بيع رقبة المسيل وهى النهر فهو جائز أو يريد به رقبة الارض لتسييل الماء فهو على وجهين ان بين حدوده وموضعه فهو جائز أيضا وان لم يبين لايجوز واما أن يريد به حق التسييل فهو لايخلو أما ان كان على السطح وهو غير جائز لمعنيين أحدهما أنه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعلى والثانى بمنزلة الجهالة لان التسييل مجهول يختلف لقلة الماء وكثرته أو فى الارض وأنه لايجوز للجهالة (قوله فاذا هو غلام) ذكر الضمير بتذكير الخبر (قوله

قوله ومن اشترى عبارة المصنف ومن باع الخ أفاده العلامة البحراوى وسيأتى نظيرتها ومن اشترى جارية الخ كتبه مصححه

والفرق

والفرق ينبنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفى مسئلتنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر فى هذا دون الاصل

الجارية فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبتنى على الاصل الذى تقدم فى المهر انه اذا اجتمع تسمية واشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها جارية فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية أبلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لاتحصى معروفة عند العقل باشباهها تلك الذات وغيرها ونحن فى مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذى هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر هنا بقوله فلابيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا أنه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشترى فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد) لا يريد أن الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد فى خلافيته فى المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فان الجنسين كل ذكر مع أنثى من بنى آدم وان كان متحدى الجنس المنطقى وهو الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد ألحقاه بمختلفيه بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الآدمى فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدورى عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بنى آدم كالذكر والانثى من غيرهما فى الحكم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس فى الفقه الا المقول على كثيرين لايتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان مايتفاوت منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتى وهذا قول المصنف (وهو المعتبر فى هذا دون الاصل) يعنى المعتبر فى انهما جنسان أو جنس واحد

والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه وهو متفق عليه فى حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه فى وجه قول محمد رحمه الله فى مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلاتفاقهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا فى مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام (قوله ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى) وفى الجامع الصغير للتمرتاشى أشار فى البيع وسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا تعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشترى أن المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم تعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعتك هذه الجارية وأشار الى العبد تعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشترلى جارية بهذه الدراهم وأشار الى الدنانير تعلق التوكيل بالدنانير وذكر فخر الاسلام رحمه الله انما يتعلق بالمشار اليه فى متفقى الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هنالك ممكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعت هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى لان العقد يبتنى على المسمى وهو المقصود والبناء على المقصود واجب ويتخير لفوات الوصف وذكر فى الفوائد الظهيرية ويثبت الخيار اذا كان الموجود أنقص هكذا ذكر هنا وهكذا أيضا ذكره صدر الاسلام فى الجامع الصغير وذكر صاحب المحيط أن للمشترى الخيار من غير تقييد بكونه أنقص وهو الصحيح لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط (قوله جنسان للتفاوت فى الاغراض) فالمبتغى من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد (قوله للتقارب فيها)

البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلى من الحيوانات الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى فى ذلك سواء فالمعتبر فى اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل

كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعظم التفاوت والوذارى بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجى ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسان مختلفان على ماقال المشايخ فى شرح الجامع الصغير واذاعرف هذا فاذا وقعت الاشارة على مبيع ذكر بتسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى و يبطل بانعدامه واذاقال بعتك هذه الجارية فاذاهى غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى أبلغ فى التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعنى موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعنى مجردا عن بيان صفة (٦٨) والابلغ فى التعريف أقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار

اليه و ينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمى وجد المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكر تمام ذلك فى كتاب النكاح فى تعليل محمد رحمه الله اذا باع كبشا فاذاهو نعجة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذاخرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذاهو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشترى عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لاتربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابى كذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان أنقص من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشترى ونص الكرخى على ذلك فى مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول

كالخل والدبس جنسان والوذارى والزندنيجى على ماقالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بالف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الاول لايجوز البيع الثانى) وقال الشافعى رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء

تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعنى الذاتى ولنا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما (والوذارى والزندنيجى كذلك والوذارى بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجى بزاى ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاى والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وماذكر لابى حنيفة فى باب المهر يقتضى أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذاهو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح و يخير كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذاهو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لايفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التى عينت أولا فى ثبوت الخيار كما أطلق فى المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود أنقص وصحح الاول لفوات غرض المشترى فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التى عينها الاعمال ليس غرضا له الآن وكان مستند المفصلين ماتقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذاهو مسلم لاخيارله لانه خير مماعين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لايتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فانه يفيد أن حاجته التى لاجلها اشترى هى هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بالف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع باقل لايجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لاتقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز فى ظاهر الرواية عنهم وعن أبى يوسف لايجوز ولو باعه المشترى من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلاشبهة وبه تختلف المسببات وبقولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان مابعده يجوز بالاجماع باقل من الثمن وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل

فالمبتغى من الكل اللعم أو الركوب أو الحمل الوذارى بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى

فلان المشترى قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثانى فلما تقدم ان المشترى اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خيروان وجد أحد عشر فهو له بلاخيار قال (ومن اشترى جارية بالف درهم) من اشترى شيئا بالف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) وصار

قال المصنف (والوذارى والزندنيجى على ماقالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذراى بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجى ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارى كذا فى المغرب

٣ قوله كما اذا باع الخ كذا فى نسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اه مصححه

فالبيع الثانى فاسد خلافا للشافعى هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ماباع لايخلو من أوجه اما أن يكون من المشترى بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثانى جائز بالاتفاق مطلقا أعنى سواء اشترى بالثمن الاول أو بانقص أو باكثر أو بالعرض والاول اما أن يكون باقل أو بغيره والثانى باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعى رحمه الله جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول أما الاثر فما قال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضى الله عنها أن امرأة سألتها فقالت انى اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضى الله عنها بئسما شريت و بئسما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت عليه قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزية الافعال لاتعلم بالرأى فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لايجازى بذلك فكان فاسدا وأن زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان فى المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول (٦٩) والجواب أنه ثبت من مذهبها جواز البيع

الى العطاء وهو مذهب على رضى الله عنه فلا يكون كذلك ولانها كرهت العقد الثانى حيث قالت بئس ماشريت مع عرائه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثانى فات قبل القبض غير مذكور فى الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف فى المبيع قبل قبضه أجيب بان تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لالعدم القبض فان قيل الوعيد قد لايستلزم الفساد كما فى تفريق الولد على الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد أجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو

وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت

من الثمن (وقال الشافعى رحمه الله يجوز) كيفما كان كما لو باعه من غير البائع باقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق فى الاصول التى عينها وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لايجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم ووجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة فيبطل البيع احتياطا ولزم ان اعتبارهما جنسا واحدا أوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن فى التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر اجماعا (ولنا قول عائشة)

وذار قرية بسمرقند والزندنيجى ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارا كذا فى المغرب (قوله أو بالعرض) يعنى اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض أقل من الالف فانه جائز بالاتفاق ولو باعها بالدراهم ثم اشتراها بالدنانير وقيمة الدنانير أقل من الثمن الاول لايجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر رحمه الله ولنا قول عائشة رضى الله عنها لتلك المرأة وهو أن امرأة دخلت على عائشة رضى الله تعالى عنها وقالت انى اشتريت من زيد بن أرقم جارية الى العطاء بثمانمائة درهم ثم بعتها منه بستمائة فقالت عائشة بئس ماشريت و بئس مااشتريت أبلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه و جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب عن هذا فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف فهذا الوعيد الشديد

فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا وأما الثانى فهو ماقال ان الثمن لم يدخل فى ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع و وقعت المقاصة بين الثمنين بقى له فضل خمسمائة بلاعوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لايحصل للبائع و بخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان و بخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا و بخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هنالك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل فى ضمانه و بخلاف ما اذا باع بالعروض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة و بخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشترى ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل فى مقابلة الجزء الفائت الذى احتبس عند المشترى و بخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربا الفضل لايتحقق بين الدراهم والدنانير وفى الاستحسان لايجوز لانهما من حيث الثمنية كالشئ الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثانى باقسامه جائز بالاتفاق مطلقا) أقول الامن وارثه نص عليه الاتقانى وغيره (قوله فقالت عائشة بئسما شريت) أقول أى بعت فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أى الوعيد قوله لذلك أى لكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أى بالبيع الى العطاء (قوله دليل على انه للربا لا لعدم القبض) أقول فيه بحث

بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع و وقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

الى آخره ما نقله المصنف عن عائشة يفيد أن المرأة هى التى باعت زيدا بعد ان اشترت منه وحصل له الربح لان شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أى باعوه وهو رواية أبي حنيفة فانه روى فى مسنده عن أبي اسحق السبيعى عن امرأة أبي السفر ان امرأة قالت لعائشة رضى الله عنها ان زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت أبلغيه عنى ان الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ففي هذا أن الذى باع زيد ثم استرد وحصل الربح له ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه روى الامام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعى عن امرأته انها دخلت على عائشة هى وأم ولد زيد بن أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة انى بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا فقالت أبلغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن تتوب بئسما اشتريت وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذى حصل له الربح هى المرأة قال ابن عبد الهادى فى التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعى قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطنى فى العالية هى مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالرأى والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعى التى ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال ابن الجوزى قالوا ان العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هى امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعى سمعت من عائشة وقولها بئس ما شريت أى بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أى باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثانى لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثورى عن أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة فى نسوة فسألتها امرأة فقالت كانت لى

دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدى اليه العقل اذ شئ من المعاصى دون الكفر لا يبطل شيأ من الطاعات الا أن يثبت شئ من ذاك بالوحى فدل على أنها قالته سماعا واعتذار زيد اليها دليل على ذلك لان فى المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل الى العطاء لانا نقول ان مذهب عائشة رضى الله عنها جواز البيع الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثانى بقولها بئس ما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزا عندها لانه صار ذريعة الى البيع الثانى الذى هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول لصاحبه بئس البيع الذى أوقعك فى هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل أنها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وأنها رجعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثانى لانه بيع المبيع قبل القبض اذ القبض لم يذكر فى الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثانى لاجل الربا حتى تلت عليه آية الربا وليس فى بيع المبيع قبل القبض الربا (قوله بئس ما شريت) أى بعت لان الشراء يستعمل فى معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة أى باعوه ثم انما قدمت العقد الثانى لان الفساد فيه مقصود وفى الاول باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد أيضا فى تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد قلنا الوعيد هنالك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا أيضا لما أمكن الانفصال بين البيع والتفريق فى الجملة اعتبر منفصلا فى جواز البيع وكره ذلك نسبة الى التفريق وأما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربا والربا مخصوص بالبيع فاوجب الفساد ولان فى هذا لما كان شبهة الربا أوجب الفساد لان شبهة الربا ملحقة بحقيقة الربا فاوجب الفساد كحقيقته (قوله ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه) لان

قال

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع و يبطل فى الاخرى) لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه

جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لى عليه ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الا ان تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرأيت ان أخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة وردها لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره فى الاسرار وغيره والذى عقل من معنى النهى انه استربح ما ليس فى ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل فى ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذى زال عنه بعينه و بقى له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فيبطل الحاق الشافعى بذلك بخلاف ما لو باعه المشترى من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل فى المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التى خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذى احتبس عند المشترى سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر فى العقود لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقد بذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد أورد عليه تجويز كون انكار عائشة لوقوع البيع الثانى قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر فى الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا وليس فى بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر فى كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أرأيت ان أخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل كان هذا مع التوبة فتلت آية ظاهرة فى قبول التوبة وان كان سوقها فى القرآن فى الربا وأورد عليه طلب الفرق بين النهى عن بيع الولد الكائن مع أمه مفردا لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهى أجيب بان النهى اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع أوجبه وان كان لامر خارج لا والنهى فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع فى نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع واشبهة الربا حكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع و يبطل فى الاخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة وهى ان شراء ما باع من المشترى باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى) والتى باعها (باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها) وهى التى ضمت اليها وأورد عليه أن

الثمن قبل القبض لا يدخل فى ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التى خرج عن ملكه وتقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا بسلم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثانى والثمن الاول لم يدخل فى ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الربح ثم حصل للمشترى والمبيع دخل فى ضمانه و بخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (قوله ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها) أى فى المشتراة لكونه مجتهدا فيه لما أن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع عبدا ومدبرا حيث يصح البيع فى العبد لضعف فساد البيع فى المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز فان قيل أليس أنه اذا أسلم برا فى شعير و زبيب يفسد فى الكل عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا اذا أسلم قوهية فى قوهية ومروية ثم ان

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع فى التى اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها فى جامعهما العلمان فى الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد فى المسئلة الموضوعة فى الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجرى فيه الاصل المذكور وأجيب

بان الفساد لتعدد جهات الجواز و بيانه انا لو جعلناه بازاء ما باعها ألفا او جبة جاز وان جعلنا ألفا جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد فى الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض بان تجعل الجارية التى لم يشترها منه فى مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة أو أقل أو أكثر فتتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى و بان كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز فاعتبار الجهات فى مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحا بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجيح هنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها الامور اما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعى المتقدم وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعى فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعى كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شئ لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية فى القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهيا فى قوهى جاز عند الشافعى ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهى فى المروى واما لان الفساد فى المشتراة باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرناها فى التى ضمت اليها كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة وهى غير معتبرة و بيانه أن فى المشتراة شبهة الربا لأن فى المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيردها فيسقط الثمن على المشترى و بالبيع الثانى يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثانى مشتريا ألفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الربا واما لان الفساد طارئ لوجهين أحدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهى مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فيفسد البيع فيما باع ولا شك او

ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

علة الفساد فى التى باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصتها اياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع فى التى اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا أنه أيضا فاسد أجيب بان الفساد فى هذه لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض فى الحمل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعين جهة الجواز على ما يجىء فى كتاب الصرف وهذا الوجه لزم أن يمتنع ثبوت موجبه موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد فى الجاريتين وما أشنع قول قائل اذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق أن بينهما فرقا فان هنالك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذى وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر فى مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب فى شئ بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتى فى بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزى حنطة وشعير حيث يصح و يتحرى للجواز اعتبار التصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان مذهب أبى حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما ابتعت أولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعى فلم يسر للاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر لا يفسد فى الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو أسلم قوهيا فى قوهى ومروى فانه باطل فى الكل عنده وعندهما يصح فى المروى كما لو أسلم حنطة فى شعير وزيت عنده يبطل فى الكل وعندهما يصح فى حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروى فى هروى جائز عند الشافعى ولا مخلص منه الا بتغيير تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بانه يجعل الشرط الفاسد فى أحدهما وهو شرط قبول العقد فى الهروى شرط القبول فى المروى فيفسد فى المروى بالشرط الفاسد وفى الهروى

فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو أسلم ثوبا هرويا فى ثوب هروى يجوز عند الشافعى رحمه الله وكذلك يجوز عنده اسلام القوهى فى القوهى ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهى

(قوله و بيانه انا لو جعلناه بازاء ما باعها) أقول أنث الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول فى قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثانى فى تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز ان يقال المراد من قوله مجتهدا فيه انه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعى دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلا للاجتهاد لم يخالف الشافعى فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأجيب بان السلم مبناه على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر فى مطلق البيع فيناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب فى الكافى بجواب آخر فراجعه

أولانه باعتبار شبهة الربا أولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة

باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الائمة بعد أن علل هو به فى شرح الجامع ثانيها ان الفساد فى الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف فى المضمونة فلو اعتبرنا تلك الشبهة فى التى ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبار الشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيخان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشترى و بالبيع الثانى يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثانى مشتريا ألفا بخمسمائة ثالثها ان الفساد فى الاول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انه ما لم يذكر فى العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طرأ الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أى بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فلا يتعدى الى الاخرى والآخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثانى فيبقى من الثمن الاول فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر فى الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم ألحق فى ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغى أن يفسد العقد فى الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا شرطا لقبوله فى الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى الى العقد الثانى وفى المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبى فى نصفه ولو ولدت الجارية عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل وان لم تنقصها

فى المروى والبر فى الزبيب قلنا ذا ليس بطريق تعدى الفساد كما زعم البعض بل باعتبار أن رأس المال شرط عنده والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم فى كل واحد منهما الجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال والشيخ الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله استضعف ذلك التعليل فى المبسوط وقال بعد ذكر اسلام القوهية فى القوهية والمروية و بهذا تبين أن الطريق ما قلنا فى تعليل قول أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة اسلام الحنطة فى الشعير والزبيب بان العلة المفسدة للعقد قد وجدت فى الكل أما فى حصة الشعير فظاهر وفى حصة الزبيب فقد جعل قبول العقد فى الشعير شرطا فى قبول العقد فى الزبيب لان من جمع بين الشيئين فى العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد فى كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد فى أحدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدبر لان العقد فى المدبر ليس بفاسد ولهذا لو أجاز القاضى بيعه جاز دون ما قاله بعض مشايخنا لابى حنيفة رحمه الله أن الفساد اذا كان قويا مجمعا عليه تمكن فى البعض تعدى الى ما بقى فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وسوى فى الفصلين أى فصل اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهية على ما ذكرنا (قوله أولانه باعتبار شبهة الربا) من حيث أنه يعود اليه كل رأس ماله مع زيادة ليس بازائها ضمان وعوض وشبهة الربا كحقيقته فلو اعتبرنا تلك الشبهة فى الجارية التى ضمت الى المشتراة لكنا قد اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز (قوله أولانه طارئ) وله وجهان أحدهما أنه ما شرط فى العقد أن يكون بازاء ما باعه أقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باع وهذا فساد طارئ فلا يتعدى الى الاخرى والآخر المقاصة وذلك أن بائع الجارية أولا لما باعها بخمسمائة ثم اشتراها وأخرى معها بخمسمائة تقاص الثمنان و بقى بعض الثمن فضلا

فى كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر و باعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد فى الآخر والعقد جائز فى العبد لان شمس الائمة قد قال البيع فى المدبر غير فاسد ولهذا لو أجاز القاضى بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا فى العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثانى المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندها وذلك لا شك فى طرده

(قوله لان شمس الائمة قد قال البيع فى المدبر) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله والثانى المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل الثمن

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه و يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد فانه شرط مالا يقتضيه العقد فان مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على أن يزن و يطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنا

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول قول المشترى لانه ينكر الزيادة قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم)

لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا فى ظرف) صورتها فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عنى وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليختص بالثمن بخلاف قوله على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشترى وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا فى مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما فى الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشترى فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعى عليه زقا آخر والمشترى ينكر الزيادة وان اختلفا فى قدر السمن المقبوض فمرجعه خلاف فى قدر الثمن (فالقول قول المشترى لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احداهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشترى ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتى فى باب التحالف والثانية ان الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشترى على تقدير اعتباره اختلافا فى الثمن أجيب عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون القول للمشترى لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانى بان التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف فى الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أولا فلا يوجب التحالف (قوله واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر او خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير فى ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب

من غير أن يقابله عوض والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئا (قوله لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد) لان مقتضى العقد أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى وزنه أقل من خمسين أو أكثر فكان شرطا مخالفا لمقتضى العقد أو لانه يؤدى الى جهالة المبيع أو يوجب أن يبقى له بعض الزيت بغير الثمن أو أن يؤدى ثمن ما لا يصل اليه من الزيت (قوله ضمينا كان كالغاصب) أو أمينا كالمودع (قوله فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن) و القول للمشترى لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان اختلفا فى الثمن لان اختلافهما فى الثمن تبعا لاختلافهما فى الزق والاختلاف فى

فى زق الخ) ومن اشترى سمنا فى زق و رد الظرف فوزن فجاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى لان هذا الاختلاف اما أن يعتبر فى تعيين الزق المقبوض أو فى مقدار السمن فان كان الاول فالمشترى قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالغاصب (أو أمينا) كالمودع وان كان الثانى فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن (فيكون القول للمشترى) لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف أجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه فى ضمن الاختلاف فى الزق والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائى فى الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر وأما الاختلاف بناء على اختلافهما فى الزق فلا يوجب اختلافهما فى العقد فلا يوجبه قال (واذا أمر المسلم نصرانيا

ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل فى الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلى هذا التصرف فلا يولى غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعتبر فى هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وأهلية وعلى

قال المصنف (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف) أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

الموكل فالاولى أهلية العاقد وهى أهلية التصرف فى المأمور به وللنصرانى ذلك والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم ألا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا أسلم مورثه النصرانى ومات عن خمر وخنزير ولا يقال

وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولابى حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر أمر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان

الخنزير هذا فى الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بان كان فى ملك المسلم خمر أو خنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذى حرمها حرم بيعها وأكل ثمنها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعى من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح فى مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليته غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يليه فغيره لا يوليه) بنصب غيره لانه مفعول مقدم ليوليه كما انه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجها اياها (ولان ما يثبت للوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولابى حنيفة ان الوكيل) فى البيع (يتصرف باهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله

الزق لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيما يثبت تبعا لان حكم التبع يخالف حكم الاصل (قوله أن الموكل لا يليه) فغيره لا يوليه كمسلم يوكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يصح بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل انما يملك التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا ولهذا يستغنى عن الاضافة الى الموكل ويرجع الحقوق اليه والحاجة الى الموكل لانتقال حكم التصرف اليه والموكل أهل لانتقال ملك الخمر اليه ارثا وصورة الارث بان أسلم النصرانى وله خنازير وخمور ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم يملكها فان قيل الوراثة ليست نظير مسئلتنا لان الوراثة أمر جبرى والتوكيل أمر اختيارى والامر الحكمى يوافق الجبرى لا الاختيارى قلنا ثبوت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة أمر جبرى أيضا حيث يثبت الملك له بدون اختياره كما فى الموت وبالاتفاق أن المأذون له اذا كان نصرانيا اشترى خمرا ومولاه مسلم يثبت الملك له فيها فيجب أن يكون هنا كذلك قيل يثبت بين الوكيل والموكل أحكام المبايعة حتى أن التحالف يجرى بينهما عند التجاحد ويثبت احتباس المبيع ويثبت الرد بالعيب هذه أحكام المبايعة تثبت بسبب الوكالة فينبغى أن يمنع عن التوكيل الذى يثبت هذه الاحكام لان المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع أيضا عما هو شبيه بالشراء بمباشرة حكمه ألا ترى أنه يمنع عن قبض الخمر حكما للشراء الموجود منه حال كفره قلنا هذه الاحكام تثبت مضافة الى الشراء لا الى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكما للوكالة بخلاف القبض لانه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة البيع باختياره فكذلك يمنع عما يثبت به شبهة الشراء باختياره وهو القبض وقولهما أن الموكل لا يليه فغيره لا يوليه منقوض بمسائل منها أن الوكيل بشراء شئ بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن وله أن يوكل غيره بذلك ومنها أن الذمى اذا أوصى الى مسلم وقد ترك خمرا أو خنزيرا فان الوصى يوكل ذميا ببيعه وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه ومنها أن المريض فى مرض الموت اذا باع بما يتغابن الناس فى مثله وعليه ديون مستغرقة لماله لا يجوز ومن وصيه بعد موته يجوز ومتى جاز عند أبى حنيفة رحمه الله ان كان خمرا يخلله وان كان ثمن خمر تصدق به لانه عوض الخمر فتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها (قوله العاقد هو الوكيل باهليته) الاصل أن الوكيل عند أبى حنيفة رحمه الله أصل فى حق نفس التصرف ونائب عن الموكل فى حكم

الوراثة أمر جبرى والتوكيل اختيارى فانى يتشابهان لان ثبوت الحكم أعنى الملك للموكل بعد تحقق العلة أعنى مباشرة الوكيل جبرى كذلك تثبت بدون اختياره كما فى الموت ألا ترى أن المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيه لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبتت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه لنفسه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلى الشراء لنفسه وبالقاضى اذا أمر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمى آخر وهو لا يلى التصرف بنفسه وبالذمى اذا أوصى لمسلم وقد تركهما فان الوصى يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلى ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسى مدفوع فان حقوق العقد فى النكاح ترجع الى الموكل والوكيل

قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كان الذمى فاسلم فمات قبل التخليل والتسييب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى قوله لان ثبوت الحكم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوراثة الخ

خمرا يخللها وان كان خنز برا يسيبه قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

ونرجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن و يرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبرى له فيهما فانتفى المانع الشرعى والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه و يملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها ان القاضى لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذمى و رجع أمره الى القاضى و يملك توكيله به وكذا الوصى المسلم للذمى لا يملك بيع خمره و يملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن فى مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة و يجوز من وصية بعد موته وكذا لا تبيع الام عرض الولد ووصيها يبيعه اذا لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان تملك المسلم لها يثبت جبرا عن سبب جبرى كالموت سلمناه أو عن سبب اختيارى منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختيارى والملك مترتب عليه اذ لا وجود له فى الشرع قلنا نختار الثانى ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختيارى للتوكيل لا الموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها اذ لا يلزمه الشراء بقى أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة فى البيع أن لا ينتفع بالثمن وفى الشراء أن يسيب الخنزير و يريق الخمر أو يخللها بقى تصرفا غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روى عن أبى حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهى ليس الا كراهة التحريم فاى فائدة فى الصحة (قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) قال الطبرانى فى معجمه الوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرى حدثنا محمد بن سليمان الذهلى حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبى ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا فى مسئلة واحدة فاتيت أبا حنيفة فاخبرته فقال لا أدرى ما قالا حدثنى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبى ليلى فاخبرته فقال ما أدرى ما قالا حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها قالت أمرنى النبي صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما أدرى ما قالا حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضى الله عنه قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لى حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم فى كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق فى أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن فى المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعى رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط المبيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد فى حديثها الا الولاء وذكر الاقطع أنها رواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه وحديثها فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت جاءتنى بريرة فقالت كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى فقلت ان أحب أهلك أن أعدها لهم و يكون ولاؤك لى فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت انى عرضت عليهم ذلك فابوا الا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضى الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشترطى لهم الولاء

التصرف فيعتبر أهليته لنفس التصرف وأهلية الموكل لحكم التصرف وعندهما نائب عن الموكل فى حق

سفير لا غير قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى) شرع فى بيان الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا لفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذى يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشترى وشرط تسليم الثمن أو المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففى القسم الاول جاز البيع والشرط تزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضى عدم جوازه

ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط

فان الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع فى بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أقضى عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رضى الله عنها وهذا لا خلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذ كان خارجا عن طاقة من شرط عليه أمكن و يكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص و يطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهى لان القاعدة الاصولية أن ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهى وأما حديث جابر الذى استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع فى صلب العقد كذا قاله الشافعى رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذى ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعى بافساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف و بيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذى حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام فى موطا مالك بلاغا وأخرجه الطبرانى من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال فى البيع عن سلف و بيع وشرطين فى بيع و بيع ما ليس عندك و ربح ما لم يضمن ومعنى السلف فى البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذى شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتى (قوله ثم جملة الامر فيه) أى فى الشرط (انه اما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع الى

نفس التصرف فيعتبر أهلية الموكل لنفس التصرف (قوله ثم جملة المذهب فيه) أى الاصل الكلى الشامل لفروع أصحابنا أن يقال كل شرط يقتضيه العقد أى يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشترى فى المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه يثبت بمطلق العقد فلا يفيده الشرط الا تأكيدا وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا أنه يلايم البيع أى يؤكد موجبه كالبيع بشرط أن يعطى المشترى بالثمن رهنا أو كفيلا وهو معلوم بالاشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضا لان الرهن شرع وثيقة وتأكيدا لجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسد فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل تفضى الى النزاع فالمشترى يعطيه رهنا أو كفيلا والبائع يطالبه بآخر وكل شرط لا يلايم العقد الا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل أو لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء النعل على أن يحذوها أو يشركها لا يفسده أيضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل أن يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط أن لا يبيعه المشترى فان العبد يحبه أن لا يتداوله الايدى وان لم يكن من أهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط أن يعلفه كذا منا من الشعير أو لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع فى ظاهر المذهب وعن

مع شرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسد الوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا لا يقال لا تطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشئ فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة فى مقصوده فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف فى بيان أسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه

(قوله لانه فى الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال نهى النبي عليه الصلاة والسلام (قوله لانه معلول الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجامع كونه شرطا) أقول مفضيا الى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أى فى حكم المال

كشرط أن لا يبيع المشترى العبد المبيع فان العبد يعجبه أن لا تتداوله الايدى وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدى الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفى رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه فى آخر المزارعة لتضرر المشترى به من حيث انه يتعذر عليه التصرف فى ملكه والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب أن المعتبر المطالبة وهى تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشترى فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق فى التصرف والتخير لا الالزام والشرط يقتضى الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف فى هذه الجملة بيننا وبين الشافعى

الا فى البيع بشرط العتق فى قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره فى المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعى ما ذكره المصنف صح قوله يقيسه لانهما غيران فيصح قياس أحدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره فى المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشئ على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضى الله عنها تستعينها فى المكاتبة فقالت ان شئت

أن لا يبيع المشترى العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى الى الربا أو لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا أن يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا

قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد أو لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الاجل فى الثمن والمثمن فى السلم وشرط فى الخيار فكذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا لما سياتى وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بان يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق لان وجوب الثمن فى ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشترى فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقدا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع فى الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها فى داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشترى العبد لانه يعجبه أن لا تتداوله الايدى وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلا وفى الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز أى لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان للمبيع منفعة واهما مطالب من جهة العباد وهو العبد لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمى فقد خرج الجواز مما ذكرنا فى

أبى يوسف رحمه الله أنه يفسد به البيع (قوله أو لانه تقع بسببه المنازعة) لانه متى كان منتفعا به كان مرغوبا

عدتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها فى معناها فى هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعى قياس جلى على ما عرف فى الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق فى العقد وعائشة رضى الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها فى باب العتق خصوصا فى قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق

(قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تامل

منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشترى الدابة المبيعة لانها انعدمت المطالبة فلا يؤدى الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق فى التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضى ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعى رحمه الله وان كان يخالفنا فى العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو أعتقه المشترى بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط فى المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن فى المجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدى الى الربا) وما أبطل الشرط الذى فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدى اليه لانه زيادة عارية عن العوض فى عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشترى أو يكاتبه أو يدبره والشافعى يخالفنا فى شرط العتق فى أحد قوليه فيصححه ثم ان أعتقه المشترى فذاك والا خير البائع فى فسخ العقد ولا يجبر عليه فى قول بعض أصحابه وفى قول آخرين يجبر قال المصنف (ويقيسه) الشافعى (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بان يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا ان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس وأما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعى بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بانه حينئذ لا قياس قال (والحجة عليه ما ذكرناه) يعنى من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس فى حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط فى شئ ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا أعتقت فى مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو أعتقه المشترى الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشترى بهذا الشرط لو أعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبى حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته وأما لو أعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض فى بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا

فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقديرا أو لم يكن له طالب فلا يؤدى الى الربا والنزاع فان قيل لما شرط المشترى أو البائع شرطا فى العقد فالظاهر أنه يجرى على موجبه فلا يؤدى الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روى عن النبى عليه السلام نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجرى الشارط على شرطه لان الشرط انما راعى فى البيع الصحيح (قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة) والنسمة النفس من نسم الريح ثم سميت بها النفس ومنها أعتق النسمة والله تعالى بارئ النسم وأما قوله ولو أوصى بان يباع عبده نسمة صحت الوصية فالمراد أن يباع للعتق أى لمن يريد أن يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها فى باب العتق وخصوصا فى قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو يعرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعانى الافعال كذا فى المغرب (قوله لا أن يشترط) فيه نفى لما قاله الشافعى رحمه الله أن تفسيره البيع بشرط العتق (قوله فالحجة عليه ما ذكرناه) أى من الحديث والمعقول وهو أنه يفضى الى الربا أو النزاع (قوله فلا ينقلب جائزا) أى بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقريرا للفساد لا

فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا فى المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبى حنيفة وقال يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشترى بما شرط أو لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابى حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد

على ماذكرناه (من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق) ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له ألا ترى أن العتق لايمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا أتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضني فلان الاجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم تلزم الاجنبي لا ضمانا عن المشتري لانها ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على أني ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن

كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ماذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هنالك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ماذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (يلائمه لانه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشيء بانتهائه يتقرر) وجوده والفاسد لا تقرر له فكان صحيحا (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا اطلع عليه بعد أن أعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهته المفسدة ولذا الموت لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه بيقين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي أن يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه أجيب بانه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لما لابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهدي له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشتري قميصا أو قباء فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين) وقد ورد في بعضها نهي خاص وهو (نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي قرض ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن) بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء أجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول

رافعا للفساد كسائر الشروط المفسدة كما في البيع الى النيروز والمهرجان (قوله من حيث ذاته) لا يلائم على ماذكرناه من أن قضية العقد الاطلاق والتخيير في جميع التصرفات لا الالزام حتما ولكن يلائمه بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه يتقرر ومقرر الشيء مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا أعتقه تحققت الملاءمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجح جانب الجواز فكان

كلا من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر وأعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بان يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى وروايه ابن حبان للحديث موقوفا الصفقة في الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم أنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بان يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فاذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجي لو قال بعتك هذه الدار بالف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقل على اني ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بع عبدك من فلان على أن الثمن علي والعبد لفلان حكي عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص *(فروع)* باع أمة بشرط أن يطأها المشتري أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبي حنيفة فيهما لما ذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضيخان العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجازة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية ومالا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا ومؤجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف

صورة الشرط دون الحكم فاذا أعتقه تحققت الملاءمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجح جانب الجواز فكان

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمها الى رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع أو الثمن حاصلا كان الأجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الأجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال (ومن اشترى جارية الا حملها الخ) ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما أما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها أو آجر داره على جارية الا حملها أو رهن جارية الا حملها أو كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في أول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الحمل تابع

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة

من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه اياها (الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون) لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضرارا بالبائع من غير نفع للمشتري (قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل) الممهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح استثناؤه هو (أن ما لا يصح افراده بالعقد) ابتداء (لا يصح استثناؤه من العقد) وما يصح يصح وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة) كرجل الشاة وأليتها حتى أنه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا ومن فروعه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها يكذا يجوز لأن افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددي متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وأما أن ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الاصل يتناولهما) أي الاصل والتبع (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراجا من حكم الصدر وحكمه هو موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه أن يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أي طريق الاستثناء ومهيعه لا حقيقة موجبه وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطا فاسدا) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الا أن المفسد

الحال قبل ذلك موقوفا بين أن يبقى فاسدا كما كان أو ينقلب الى الجواز بالاعتاق (قوله لان الاجل في المبيع العين) قيد بالعين احترازا عن المسلم فيه لان الاجل شرع ترفيها ليتمكن المشتري من التحصيل في مدة الاجل أما العين فحاصل فلا حاجة الى ذكر الاجل للترفيه فاذا شرط فيه يكون شرطا فاسدا والبيع يفسد بالشرط الفاسد (قوله والاصل أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد) لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على أنه بمنزلة طرف من أطراف الحيوان واستثناء الاطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصدا لا تبعا والاطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا لانه خلاف موجب العقد (قوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) أي موجب العقد لان العقد يتناولها أو على خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما دخل مقصودا في صدر الكلام وهنا دخل الحمل تبعا لا مقصودا والكتابة والهبة والاجارة والرهن بمنزلة البيع بان يقول كاتبتك الا حملك أو وهبتك

غير

قال المصنف (لان الأجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازا عن المسلم فيه فانه مبيع دين ويصح الأجل فيه بالنص

فيصير ذكره شرطا فاسدا (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل وأما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية اذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد

غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من حيث ان أحد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط فـ(لا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعني عليها الا حملها أو اجعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود العمر فتصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر أما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها) بان أوصى بجارية الا خدمتها أو الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو أوصى

الا حملك أو رهنتك الا حملك (قوله غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد) أي ما يقوم به العقد كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو قيمته وأما لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلاث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة

بان قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناؤه وأجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبر وا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فما الفرق بينهما والجواب أنا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه

(قوله والميراث يجري) أقول ان أراد انه يجري فيه تبعا للام فلا يفيد وان أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فليتأمل في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع

بخدمة الجارية أو غلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود الى
ورثة الموصي بخلاف مالو أوصى بحمل جارية لاآخر حيث يصح ويكون حملها له وأورد على الاصل أن
الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناؤها أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ماجاز أن يكون
ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة ولم يلزم كل مالا يصح ثمنا لا يصح أجرة وبأن الوصية ليست عقدا
حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا *(فروع)* باع صبرة
بمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار
الثمن خلافا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما وعن أبي يوسف لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على
أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال
بعتك هذا العبد بالف لا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لانه
الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة ولو قال على أن لي نصفه بثلثمائة أو مائة دينار فسد
لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع
ولو قال الا طريقا الى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريق
للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا له يرد ولو باعه بالف دينار
الا درهما أو الا ثوبا أو الا كر حنطة أو هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن
لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو
فاسد بناء على أنهما جنسان كما لو باعه ثوبا على أنه هروي فظهر بلخيا ولو باع الارض على أن فيها بناء فاذا
لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علو
لها ومثله لو اشترى باجذاعها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هنا صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه

والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فتصح ويبطل
الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الربا فيتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات
وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جائز والعقد جائز وهو ما اذا أوصى بجارية لانسان
واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف مالو أوصى بجارية
لانسان واستثنى خدمتها أو غلتها حيث يبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الارث ألا ترى أن
الموصى له بالخدمة أو الغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصي ولا يصير موروثا عن الموصى له وكذا لو
أوصى برقبتها لانسان وبخدمتها لآخر ومات الموصى له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك الرقبة دون ورثة
الموصى له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا عن الموصى له فان قيل لما كان الاصل مالا
يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه لزم من هذا أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما
يصح افراده بالعقد بان قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب أن يصح استثناؤه قلنا نمنع
أولا لزوم ذلك العكس ألا ترى أنه ذكر في الاجارات وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة لم يلزم
من هذا أن كل مالا يصلح ثمنا لا يصلح أجرة بل يصلح أجرة وان لم يصلح ثمنا كالاعيان التي لا تجب في الذمة فانها لا
تصلح أثمانا وتصلح أجرة ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه أحدها أن الاستثناء تصرف في
اللفظ فيصح الاستثناء فيما دخل في المستثنى منه ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناؤه والثاني أن
الوصية ليست بعقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي فلا يتناولها ما ذكر من لفظ العقد
مطلقا ولذلك يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يكون
عقدا والثالث أنا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في الخدمة

فاسد

فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن
اشترى نعلا على أن يحذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس
ووجهه ما بيناوفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال

فاسد) باجماع الائمة الاربعة (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في
صفقة على ما مر) من امتناع الصفقتين في صفقة الا أن هنا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شئ من
الثمن فهو شرط اجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع
(قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه
اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي أن يجعل معها مثالا
آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله
مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشتري أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد
قال) المصنف رحمه الله (ما ذكره) يعني القدوري (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (وفي الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله في
ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه أي على أن يسمر له سيرا (وصار كصبغ الثوب) مقتضى القياس منعه
لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم
استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ
والظئر واللبن آلة فعلهما (وللتعامل جوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف
المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط
وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد
اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان وأصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي أما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد
اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا أن يظهر أن المشتري يريدها للظئورة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد
فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن
الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد
لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا دهنا أو يخرج كذا
دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد واختلف فيه
فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في
أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين
كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شئ يشترط على البائع يفسد به
البيع اذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شئ يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز
ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذه
بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبي دينارا
من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهبه

احتمال العارية قال (ومن اشترى نعلا) حذا النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل بجواز

قال المصنف (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد) أقول أراد بالنعل الصرم تسمية للشئ باسم ما يؤول اليه كذا في شرح الكاكي وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام

لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح (قوله على ما مر) وهو قوله ولانه
لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن الى آخره (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها) أراد
بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه حذا النعل بالمثال قطعها به وحذا نعلا عملها وشرك النعل
من التشريك وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله
ووجهه ما بيناه) وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين الى آخره وجه الاستحسان

الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهركان يوم فى طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة أى المجادلة فى النقصان والمماكسة موجودة فى المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كان يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم) جاز (لان مدة صومهم بالايام معلومة) وهى خمسون يوما فلا جهالة قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الخ) الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشئ بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخرها

(والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهى مفضية الى المنازعة فى البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة

دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصل هذا حطيطة مشترطة ومآلها الى الشراء بالثمن الانقص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على أنه شريك المشترى فى نصف هذا فسد ولو قال نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك فى نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه فى الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بالف الا نصفه بخمسمائة فقد باع نصفه بار بعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم فى طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يبتهجون به والمهرجان يوم فى طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذا لم يعرف الى آخره) أن الفساد بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر فى أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة) وهى خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التأجيل فى الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو فى الثمن الدين أما لو كان ثمنا عينا فسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذى ذكرناه مفسد التأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله (لابتنائها على المماكسة) المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس فى معناه وهو موجود فى البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة فى البيع لوجود موجبها فى الجملة وعند جهالة وقت القبض يحمل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصلح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها (والجزاز) أى جزاز صوف الغنم (لانها تتقدم وتتأخر) وذكر شمس الائمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة

أن فيه عرفا ظاهرا وفى النزوع عن العادة حرج بين فصار كصبغ الثوب لان القياس أن لا يجوز لان الاجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزناه للتعامل وكالاستصناع فان بيع المعدوم لا يجوز وانما جوزناه للتعامل (قوله والبيع الى النيروز) أى بتأجيل الثمن الى النيروز والمهرجان تعريب مهركان وهو اسم للخريف (قوله لجهالة الاجل) لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين ونيروز المجوس (قوله لابتنائها على المماكسة) أى لابتناء البيوع المكس فى البيع استنقاص الثمن من باب ضرب والمماكسة والمكاس فى معناه والمكس أيضا الخيانة وهو فعل المكاس العشار ومنه لا يدخل صاحب المكس فى الجنة (قوله لان مدة صومهم بالايام معلومة) وهى خمسون يوما كذا ذكره التمرتاشى رحمه الله (قوله الى قدوم الحاج) أى الى وقت قدوم الحاج (قوله لانها تتقدم وتتأخر لانها من أفعال العباد) فيثبت بحسب ما يبدو لهم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس (قوله وهذه

متحملة

والكفالة الى هذه الاوقات جائزة (لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة ألا ترى أنها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففى وصفه أولى) لكون الاصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيها) فعائشة رضى الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رضى الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله وهذا قد يشير الى أن الجهالة اليسيرة ما كانت فى التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة فى أصل الثمن لم يكن محتملا لها فى وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل أقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه وأجيب بان المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود فى جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين

متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل ألا ترى انها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان

متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة فى الكفالة لانها عقد تبرع مبنى على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة فى موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبى عن هذا المحل ثم أجاب بان الاصح صحة هذه الآجال فى الصداق خلافا لقول البعض انه لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة فى الصداق كجهالة الوصف ويرد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر وقوله (لاختلاف الصحابة) أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة رضى الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا فى عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين فى ميعادهم فى صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فاهدرته عائشة واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد فى التقدم والتأخر والفاحشة هى ما يكون التردد فى نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه للكفالة اذ يستلزم دينا يعنى الاصل وهو الدين معلوم والجهالة فى وصفه وهو كونه مؤجلا الى كذا الذى قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا ترى الى آخره) ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة فى مثلها وبان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا فى الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال فى الكفالة بان بعض الكفالة تحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلان يحتمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه) فاتجه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل أقوى أجيب بان الاشتراك فى العلة يوجبه فى الحكم وعلة عدم تحملها فى الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود فى جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت فى أصل العقد أما اذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما اذا باع مطلقا) أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا (ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات) فانه يجوز فالتاجيل

الجهالة يسيرة مستدركة) أى يمكن تداركها وازالتها لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة رضى الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رضى الله عنه لا يجيز ذلك واختلاف الصحابة رضى الله عنهم دليل على أن الجهالة يسيرة اذ لا خلاف لاحد فى فساد البيع عند تفاحش الجهالة كالبيع الى هبوب الريح ومجىء المطر (قوله ولانه معلوم الاصل) يحتمل وجهين أحدهما أن المكفول به وهو أصل الدين معلوم وانما المجهول وصفه وهو الاجل والوصف تابع الاصل ثم الجهالة اذا كانت فى أصل الدين متحملة فى الكفالة بان تكفل بما ذاب له على فلان ففى الوصف أولى والجهالة لا تتحمل فى ثمن المبيع فكذا فى وصفه اذ الوصف لا يخالف الاصل والثانى وهو الاوجه أن أصل هذه الاشياء معلوم الوقوع فى تلك السنة وانما المجهول وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح أو مجىء المطر لا يصح لان أصله غير معلوم فى تلك السنة (قوله فكذا فى وصفه) لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف أدنى من الاصل فلا يلزم أن يكون مثل

(وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال) أعنى النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل فى النكاح يعنى على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم فى النكاح وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغى وقد قررناه

فى التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تحقق عند حلول الاجل فاذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت فى ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بان هذه الجهالة فى شرط زائد وهو الاجل لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت فان الفساد فيه فى صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد فى صلب العقد واذا باع الى أن يهب الريح ثم أسقط الاجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوى كما لو كان فى صلب العقد الا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثانى بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أنا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى أجل متعة وهى عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله

هذا تاجيل فى الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن ياخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد فى صلب العقد وبخلاف النكاح الى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تاجيل دين من الديون بخلافه فى صلب العقد فانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد (قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا على اسقاط الاجل) قبل أن يجىء بان أسقطاه (قبل أن ياخذ الناس فى الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) كما جاز اذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الآجال لاخراج نحو التاجيل بهبوب الريح ونزول المطر فانه لو أجل بهما ثم أسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله ان العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) وكالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس فى صلب العقد بل فى اعتبار أمر خارج هو الاجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجىء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتاخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسدا لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح الى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له فى الشرع بعد فسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد فى صلب العقد) والذى يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بالف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا فى آخر الصرف اللهم الا أن يقال هو تبع للالف الثمن فى بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد اذ لا مستتبع هنالك هذا والحاق زفر بالنكاح الى أجل

الاصل فى كونه مفسدا قلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما ولا منازعة فى الكفالة لانه تبرع ابتداء فتبتنى على المسامحة (قوله ولو باع الى هذه الآجال) انما قيد بقوله الى هذه الآجال احترازا عن البيع الى هبوب الريح أو مجىء المطر ثم تراضيا على اسقاط تلك الآجال وفى المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولاجله فسد العقد (قوله فصار كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) أى على أصلكم وأما على قول زفر رحمه الله فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر فى

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعنى على أصلكم أما عند زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر فى النكاح

(قوله فى الكتاب) أى القدورى ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ) اذا جمع فى البيع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعنى سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل أن يقول اشتريتهما بالف درهم كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد فى العبد والذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد فى العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر رحمه الله فيهما) أى فى العبد والمدبر أو فى الجمعين جميعا (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر أجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضى اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر

والعبد فى البيع (لزفر الاعتبار بالفصل) الاول يعنى بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية فى حق الجميع ولابى يوسف ومحمد اذا سمى لكل ثمنا أن الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد فى الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته فى عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشترى لا يملك قبول العقد فى أحدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد فى الحر شرطا للبيع فى العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون فى معنى الربا وليس فى قبول العقد فى الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد فى الحر انما يكون شرطا لقبول العقد فى العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد فى أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر وأجيب عن الاول بان الصفقة متحدة فى مثله اذا لم يكرر البيع أو الشراء وقد تقدم فى أول البيوع وعن الثانى بان فى قبول العقد فى الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض فى البيع وهو الربا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه واذا

وقوله فى الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته فى النكاح بخلاف ما اذا لم

بطريق الالزام فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله فى الكتاب تراضيا) أى قول القدورى فى مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد) بما سمى له وكذا فى الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبى حنيفة قال مالك وعن الشافعى وأحمد وكل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دنين خلا فاذا أحدهما خمر (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع فى العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع فى الآخر (لزفر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح بجمع صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمال (ولهما) فى الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ بلا موجب لان كلا منهما قد انفصل عن

النكاح (قوله بطل البيع فيهما) سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم عند أبى حنيفة رحمه الله وفى المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث قال فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما ولا شك فى أن البيع باطل فى الحر أما فى القن فذكر فى أصول الفقه شمس الائمة رحمه الله انه يدل على أن العقد فى القن فاسد لا باطل حيث قال أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا باع حرا وعبدا وسمى ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد صحيحا ولم يقل لم ينعقد العقد فى العبد أصلا (قوله عقد غير عقد النكاح) لان النكاح عقد مندوب اليه والمتعة منهية فلا يكون عقد النكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر (قوله فسد فيهما) أى فى الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدبر والجمع بين عبده وعبد غيره (قوله ومتروك التسمية عامدا كالميتة) فان قيل ينبغى أن يجوز العقد فيما ضم اليه لانه

يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول فى الحر شرطا للبيع فى العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ فى عبد الغير باجازته وفى المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم

الآخر بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقى العقد فى الآخر ولو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية فى عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد حينئذ فى القن لجهالة ثمنه (ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعنى الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية وأخته والمدبر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة) بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل فى أحدهما بعد جعل قبول العقد فى كل شرطا فى بيعه الآخر فقد شرط فى قبول العقد قبوله فى الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فانه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء فى المدبر ورضا المكاتب فى الاصح خلافا لما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف واجازة ذلك الغير (فقد دخلوا فى العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين فى أم الولد أيضا فدخلت أيضا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف

مجتهد فيه كالمدبر فان الشافعى رحمه الله قائل بحله قلنا حرمته منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد فى مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن جمع بين وقف وملك صح فى الملك فى الاصح (قوله ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين) بيانه ان من جمع بين شيئين فى العقد فقد جعل قبول العقد فى كل واحد منهما شرطا للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشترى القبول فى أحدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع أصلا لانهما ليسا بمال فيكون جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلا شرطا للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانه لا يبطل (قوله والبيع صفقة واحدة فكان القبول فى الحر شرطا للبيع فى العبد) فان قيل اذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فحينئذ لا يكون القبول فى الحر شرطا فى العبد قلنا اذا لم يكرر الايجاب تكون الصفقة متحدة وان سمى لكل واحد من المبيع ثمنا وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة البيع فى الآخر فكان قبول الحر شرطا لصحة البيع فى العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون فى معنى الربا فلا يوجد ذلك فى اشتراط قبول الحر فى حق القن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم فى كل شرط بل وجود شرط هو مخالف لمقتضى العقد كاف فى افساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود فى قبول الحر أيضا وذلك لان قبول الحر قبول لبدله و بدل الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلا بمال فكان بدله خاليا عن العوض فكان ربا وذلك لانه اذا باعهما بالف صار كان البائع قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن تسلم الى خمسمائة أخرى وهو عين الربا باعتبار أنه فضل خال عن العوض فى البيع وقالا انما يشترط قبول العقد فى أحدهما بقبول العقد فى الآخر اذا صح الايجاب فيهما حتى لا يكون المشترى ملحقا للضرر بالبائع فى قبول العقد فى أحدهما دون الآخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب فى أحدهما وصار هذا كما اذا اشترى عبدا أو مكاتبا أو مدبرا فالبيع يفسد فى المدبر أو المكاتب و يبقى العقد صحيحا فى العبد كذا ههنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول البائع لما جمع بينهما فى الايجاب فقد شرط فى قبول العقد فى كل واحد منهما قبول العقد فى الآخر وقولهما ان هذا عند صحة الايجاب فيهما قلنا عند صحة الايجاب فيهما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعى الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما فى كلامه لا باعتبار وجود المحلية فيهما وذكر الكرخى رجوع أبى يوسف رحمه الله فى فصل من هذا الجنس الى قول أبى حنيفة رحمه الله ومسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا فى الصرف فاستدلوا برجوعه فى تلك المسئلة على رجوعه فى جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح (قوله وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله) وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة

الولد

ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع فى هؤلاء متصل بقوله لان الحر لا يدخل تحت العقد وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع فى عبد الغير موقوف على اجازته وفى المكاتب على رضاه فى أصح الروايتين وفى المدبر على قضاء القاضى وكذا اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء فى فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك فى أصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال فى أول الباب و بيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضى بجواز

الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله الا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

(الا أن المالك) أى مالك العبد المضموم الى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا فى أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على أن اجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظرا الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع أن قول عبيدة لعلى رضى الله عنه لما قال بدا لى رأى ان يبعن فقال رأيك فى الجماعة أحب الينا من رأيك وحدك ظاهر فى أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم الا عليا وقد ذكر الكرخى رجوع أبى يوسف فى مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجىء فى الصرف فاستدلوا به على رجوعه فى هذه المسائل اذ الفرق بينهما لا يتضح كذا فى المبسوط قيل ينبغى أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبى حنيفة لضعف الفساد فى متروكها للاجتهاد أجيب بالفرق بانه لا يحل بالقضاء و يصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف فى تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما فى الذخيرة أن البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقى كانت الصفقة متحدة هو على قول أبى حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا أجيب بمنع اشتراط النفع فى افساد الشرط أولا وليس بشئ ثم لو سلم ففيه نفع لان فى قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعنى رد البيع (اشارة الى البقاء) يعنى دخولهم تحت البيع لان رد البيع بدون انعقاده لا يصح واذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده وتجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد فى غير المبيع *(فروع)* فى الكافى جمع بين وقف وملك وأطلق صح فى الملك فى الاصح وقال الحلوانى يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز فى الملك كما فى العبد والمدبر ولو باع كرما فيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والا لا وكذا فى المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء أمسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميزا لزمه الدار بحصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفى المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع فى الكل وفى بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد فى الكل وكذا لو كان مهدوما أو أرضا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا فى المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبى يوسف فى المسجد الا ان كان من ربعه معلوم يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع

رضى الله عنهم جوز على كرم الله وجهه بيع أم الولد والباقون رضى الله عنهم لم يجوزوا ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد والاجماع المتأخر يكون رافعا للاختلاف المقدم عند محمد رحمه الله وعندهما لا يكون رافعا فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضى عندهما (قوله الا أن المالك) هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد (قوله فكان هذا اشارة الى البقاء) أى فكان قوله ردوا البيع اشارة الى انعقاد البيع و بقائه حتى يحتاجوا الى الرد وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا بيعا بالحصة ابتداء لانعقاد العقد و بقائه فيهم والله أعلم

بيع المدبر وأم الولد بدليل على ذلك تمام كلامه هنالك ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضى لا ينفذ فى غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيه ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا فى العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسدا الا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا أى الرد بالاستحقاق لا يكون الا فى البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقى العقد فى الباقى بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أى الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم فى المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أى فيما اذا جمع بين القن والمدبر

(فصل في أحكامه) واذا قبض المشترى المبيع لما كان حكم الشئ اكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير مامر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح و باطل لاغير (واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بامر البائع) يعني باذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيأ وان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الاذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقا وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد لا يملك

التصرف لا يملك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور) والمحظور (لا تنال به نعمة الملك) لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لابد منها (ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم) أو الدنانير

(فصل في أحكامه) (قوله والبيع عندنا الخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير مامر) أقول في أول البيع (قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها) أقول ذكره بعد ورقة تخمينا وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد

(فصل في أحكامه) واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية و ركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع و به تنال نعمة الملك

(فصل في أحكامه) قال (واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بامر البائع) صريحا أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح (وصار كما اذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك الا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا ان ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية و ركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعمة) الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا

الحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأثم أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه و يعصى به وقوله النهي نسخ للمشروعية يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أرينالك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم أو لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك ووضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا أخذا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشئ يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصوره شرعيا أي مأذونا فيه شرعا فممنوع وان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع باصله أعني ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيأ وحينئذ فقوله (فنفس البيع مشروع و به تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه و به تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا

(قوله واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وفائدة هذه القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الاصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غير أن في القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين فاقيم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد واذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدول عن القيمة الى المسمى فيصار الى الاصل (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور) لكونه منهيا عنه فلا ينال به نعمة الملك لاشتراط الملاءمة بين المؤثر والاثر والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب و وسيلة الى درك المطالب (قوله ولان النهي نسخ للمشروعية) أي على أصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا وكونه منهيا عنه يقتضي كونه قبيحا و بينهما تضاد (قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض) يعني أن البيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق مانع القيام العلة بلا حكم فلما بقي المانع مع القبض كان المنع قائما بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لنقصان في العلة لا للمانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة ولا عقد (قوله وفيه الكلام) أي الخلاف فيما اذا كان مبادلة المال بالمال أما اذا لم يكن العوضان أو أحدهما مالا فالبيع باطل اجماعا لعدم ركنه ولا نزاع فيه (قوله والنهي يقرر المشروعية) عندنا لاقتضائه التصور عنه اذ النهي لانه يقتضي تصور المنهي عما لا يتصور لغو ولان النهي يراد به عدم الفعل مضافا الى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين أن يكف عنه باختياره فيثاب عليه و بين أن يفعله باختياره فيعاقب عليه وتصور المشروع بشرعيته فكان النهي لمعنى في غير المنهي عنه فيصير مشروعا

البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهي نسخ للمشروعية) أقول جوابه و بالله العون ان أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهي عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسألة وان أراد بها المأذونية شرعا فسلم ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعا انتفاء ترتب الاحكام فليتأمل (قوله أو بالميتة) أقول ظاهره عطف على بالدراهم فلا يوافق المتن اذ لا تخصيص فيه للميتة بجعلها ثمنا للخمر بل عام (قوله ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلاؤم بين كلاميه فليتأمل

أو بالميتة وقبضها المشترى فانه لا يفيد الملك ولنا أن البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب و بين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع و به تنال نعمة الملك لكن لابد فيه من قبح مقتضى النهي

فحملناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وأيضا الحكم هنالك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد وأجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاور جعا والمتصل وصفا سيان في ذلك و بان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك

قال المصنف (وركنه مبادلة المال بالمال) أقول يعني حقيقته والا فركنه الايجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف (وفيه الكلام) أقول أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قال المصنف (والنهي) أقول معارضة للدليل الثاني قال المصنف (يقرر المشروعية) أقول يعني ترتب الاحكام المطلوبة منه عليه شرعا لا بمعنى المأذونية شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعني تصوره موجودا شرعا تصورا مطابقا للواقع فاذا كان موجودا شرعا يترتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وأشارة الى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي عن المشروعية (قوله لكن لابد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كى لا يؤدى الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقريره ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجوب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعنى اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل اسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد

وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو أفاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم أن يكون الشئ مع غيره كالشئ لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على انى بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشئ مع غيره كالشئ لا مع غيره لان الشرط أهدر الغير أعنى القبض وعن الثانى ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت فى ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان فى ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها

وانما المحظور ما يجاوره كما فى البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كى لا يؤدى الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى

وأما (قوله وانما المحظور ما يجاوره كما فى البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء فى ثبوت الملك عند عدم كون النهى لعين المنهى عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهى للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهى للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا أنى أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال فى شريعتنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مقصودة من الاعتصار بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمرا وبائعها وآكل ثمنها وهى مال فى شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمرا أو خنزيرا فى بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك فى البدل الآخر وان كان ثمنا وان كان فى بيعهم فصحيح والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد أريناك أنه بسبب محظور وان ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الحائض فوجب ذلك فى البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار سببه ضعيفا ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه فى الشرع بسبب من الاسباب فأخرناه الى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كى لا يؤدى الى تقرير الفساد) أى الى زيادة

باصله غير مشروع بوصفه فيصير فاسدا فثبت أن نعمة الملك ما نيطت بالمحظور بل بالمشروع (قوله وانما المحظور ما يجاوره) فان قيل هذا من قبيل ما يتصل به المعنى وصفا لا من قبيل ما يجاوره المعنى جمعا كما عرف فى أصول الفقه قلنا أراد بالمجاور أن الفساد ليس لمعنى فى عين المنهى عنه بل لمعنى فى غير المنهى عنه وهو الشرط الزائد مثلا (قوله كالبيع وقت النداء) فان النهى ثمة ورد لمعنى فى غير المنهى عنه وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع والاشتغال عن السعى غير البيع فان قيل ذلك البيع مكروه وهذا فاسد فما وجه الالحاق قلنا هما يتحدان فى أن النهى فيهما غير راجع الى غير المنهى عنه ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفا كحكم المجاور جمعا فيصح قياس أحدهما على الآخر لاشتراكهما فى أمر هو مقصود المصنف وأيضا ان غرض المصنف رحمه الله بيان أن حكم المنهى عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عند الخصم ثم الكراهة مع الفساد يتشاركان من حيث ان حكم كل واحد منهما ليس بباطل ويفترقان من حيث ان ذلك الغير هنا متصل به وصفا فأثر فى الفساد وثمة مجاور فأثر فى الكراهة اظهارا للقصور (قوله كى لا يؤدى الى تقرير الفساد المجاور) وذلك لانا لو أثبتنا الملك قبل القبض لكنا مثبتين ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هنالك سواه والبيع مشروع بشرع الله تعالى فكان الفساد حينئذ مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك أما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتا للملك لوجوب الضمان على القابض كما فى القبض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافا الى العباد وذلك ليس ببعيد ولانه لو ثبت الملك قبل القبض لثبت

(قوله لانهما من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما فى رعينا غيثا (قوله ولان والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض فى البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فان القبض يوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين فى ملك شخص ولو صح ما ذكره لملك المغصوب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليتأمل فان جواب النقض يظهر مما سبق فى باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاوضة والمقام بعد محل كلام

(قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعنى البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض فى افادة الحكم) لان للقبض شبها بالايجاب فصار كأن ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة فى نفسه فهو كالهبة فى احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه

يعنى فى أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع فى المتنازع فيه وفى شئ آخر أى دليل آخر سوى ما ذكرنا هنالك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع فى الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابله الدراهم أو الدنانير فى البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك فى صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح

ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض فى افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان فى الخمر الواجب هو القيمة وهى تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه فى مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط

تقريره فان المبادرة اليه تزيده وجودا مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان فى جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله (وشئ آخر) أى وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا تكون الا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع فى سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا أزالت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع فى الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع فى بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعا وثمنا كالقيمة التى يدفعها المشترى (ثم شرط) فى الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفى بالاذن دلالة كما اذا) اجترأ فـ(قبضه فى مجلس العقد) ولم يمنعه البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط

بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض دفعا للفساد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة أولى لان هذا أسهل وأبعد عن العبث اذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشترى بعد القبض كان فيه نوع عبث (قوله ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح) يعنى أن سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والشئ اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكده كما فى الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب فى نفسه لا لمانع آخر (قوله فقد خرجناه) وهو ما ذكر فى أول الباب أن المبيع هو المقصود فى البيع وفى جعل الخمر مبيعا مقصودا اعزازه والشرع أمر باهانته وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلا (قوله وشئ آخر) يعنى دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو أن الواجب فى بيع الخمر هو القيمة وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعا فلو انعقد هذا البيع انما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة عجز المسلم عن تمليك الخمر وتملكه كالنصرانى اذا تزوج نصرانية على خمر ثم أسلم تجب القيمة والقيمة الواجبة فى الذمة لا تصلح مبيعا لان القيمة هى الدراهم والدنانير اذ بهما تقوم السلع وهما ثمنان فلا يصيران مثمنين (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) أراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا أن المراد من الامر الاذن (قوله وهو الظاهر) أى شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا أنه يكتفى به أى بالاذن دلالة (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره

وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع فى البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هى المشهورة ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط

(قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن أقول فى حصول الاشارة بما ذكره خفاء ولعل مراده هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغى أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة فى أول الفصل

لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام فى المجلس لان التصرف (٩٦) وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا باقتضاء وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن

فى باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول فى حق الحكم فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التى تهب والبيع مع نفى الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الاشياء سواء كانت ثمنا أو مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم أنها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان وقوله أى قول القدورى لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم فى الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد الخ)

السابق وكذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفى الثمن وقوله لزمته قيمته فى ذوات القيم فاما فى ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر

السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة فى ضعف السبب مع أن القبض فيها (فى مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفى فيه كون التسليط الذى يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه فى غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندوانى انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذا من اطلاق سيأتى وأما ما ذكر فى المأذون من اشتراط اذن البائع فى صحة القبض بعد الافتراق فتاويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن و يكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفى المجتبى فى التخلية اختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفى الخلاصة التخلية كالقبض فى البيع الفاسد فى بيع الجامع الكبير وفى المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا او اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه و يستعمله وفى جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهى حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أى على اشتراط المال فى البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفى الثمن) كلها باطلة لعدم المال فى العوض وقيد بنفى الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفى ولا اثبات انعقد فاسدا و يثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكانه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعنى يوم القبض ولو زادت قيمته فى يده فاتلفه لانه انما دخل فى ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم أتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا فى الكافى وهذا فى ذوات القيم فاما فى ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العدديات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أى بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول فى القيمة والمثل قول المشترى لانه الضامن فالقول له فى القدر والبينة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعا للفساد) أى للمعصية

صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع فى البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه هى الرواية المشهورة ثم قال وذكر فى الزيادات أنه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه فانه يثبت الملك ولم يحك خلافا لان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بحضرته ولم يمنعه يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية أن العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وهذا بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام فى المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا باقتضاء (قوله والبيع مع نفى الثمن) أى فى رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفى رواية ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى بحكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع و يثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان غرضه قيمته فكانه باع بقيمته (قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) يريد به أن لكل واحد منهما ولاية الفسخ لا أن يريد أن الفسخ حق لكل واحد

(قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول فى التفريع كلام فان للبيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكفى ذلك فى ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعنى يجب اعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليتحقق ركن البيع) أقول يعنى ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل فى معنى العام للباطل أيضا

لانه

لكل واحد من متعاقدى البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده أما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يخلو اما أن يكون الفساد فى صلب العقد أى لمعنى فى أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند أبى يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثانى فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فللذى له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب فى شرح الطحاوى فيل (٩٧) المذكور فى الكتاب قول محمد ووجهه

ماذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لاحد المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق فى حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفى العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى فان باع المشترى المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيأ ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير أو يحتمله كالبيع والهبة وردبان المبيع لو كان ما كولا لم يحل أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره فى شرح الطحاوى فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان محمدا نص فى كتاب

لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم تتحقق المراضاة فى حق من له الشرط

فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكروه والجرى على موجبه بالتصرف فى المبيع تمليكا أو انتفاعا بوطء أو لبس أو أكل كذلك أى يكره لما فيه من تقرير المعصية وهى كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعى يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول فى المسئلة انه اذا كان الفساد فى صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو المثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند أبى يوسف بغير حضرته أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع فى صورة الاقراض والمشترى فى الاجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه اقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشترى فى يد المشترى زيادة متصلة متولدة من الاصل أولا أو منفصلة كذلك أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسنذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغى ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان

منهما ان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان اعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا عنه ولكنه يوقف على حضرة الآخر لان الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه (قوله وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد) صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام العقد بالعوضين فكل فساد تمكن فى أحد العوضين يكون فسادا فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين و بيع ثوب بخمر أو خنزير لقوة الفساد فيجب اعدامه حقا للشرع فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى أجل مجهول فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفى الايضاح هذا قول محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ منه صحيحا فاما اذا فسخ الآخر فقد أبطل حقه لانه كان قادرا على تصحيح العقد بحذف الشرط وهما يقولان بان الفسخ مستحق شرعا فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الشرط وان كان قادرا على التصحيح

الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلوانى يكره الوطء ولا يحرم فالمذكور فى شرح الطحاوى يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى وجواز

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا انه عدل عنه الى ما يرى لبعد المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله فى تقريره كانه ظاهر (قوله كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى) أقول وهو ظاهر

التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط حق ارتد اد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورثه وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما في ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم (٩٨)

الفساد وهذا بخلاف ما اذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية

الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه بخلاف مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين علك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

قال (فان باعه المشتري نفذ بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع

كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا أنه لما لم تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا (نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق العبد) بالعقد (الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) باذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا أحرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على

بالحذف لكن الكلام قبل الحذف (قوله وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني) فان قيل كان ينبغي أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسدا لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له قلنا انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وأما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجددا لثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب (قوله وحق العبد مقدم لحاجته) فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم أحرم يجب عليه ارساله وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب

كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليله من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد بجواز التصرف هو أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدا (٩٩) بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى

عبدا بخمر أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بيعا صحيحا وأعاد لفظ البيع ذكر كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات (جائز وعليه القيمة) أما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض (فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك) فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر) آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا أن حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد قيل وليس

تخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا نقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الا التدارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص ميته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا أجيب بانه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخيرا التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهما لازمان) لحق

الجمع بين الحقين وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا أمكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه (قوله بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) وجه الورود أنه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه أن تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرهما صحيحة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب أن كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين رجح حق

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والاظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سياتي في كتاب الشفعة (قوله على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ما مر اشارة الى الادلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا

الأأنه يعودحق الاسترداد بعجزالمكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذابخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيأفشيأفيكون الرد امتناعا

العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الأأنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة فى تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد فى البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع فى الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشترى فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا أبق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا آجر المشترى شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيأفشيأ فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التى لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشترى الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج فى المنفعة لا يمنع حق البائع فى الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها معه بيتا غير أنه اذا ظفر بها له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشترى شراء فاسدا وأخذ المشترى الارش أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ و يرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما فى الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين أخذه واعطاء مازاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشترى انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخى أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشترى فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشترى وزيادة المشترى شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشترى كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشترى أو بفعله فى نفسه أو بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه و يضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبى فله أن يأخذ الارش من المشترى وان شاء أخذه من الجانى وفى قتل الاجنبى ليس له تضمين الجانى ولو وطئ المشترى الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من

الشفيع لمعنيين أحدهما أن حق الشفيع مقدم بالترجيح الاسبق والثانى أن هذه التصرفات التى وجدت من المشترى فى الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان فى نقضها سعيا فى نقض ما تم من جهته بخلاف المبيع بيعا فاسدا فان تصرف المشترى هنالك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشترى منه اذ لو جاز يلزم السعى فى نقض ما تم من جهته وفى الذخيرة لان التسليط انما يثبت بالاذن نصا أو باثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع فان قيل فى نقض البيع الاول أيضا سعى فى نقض ما تم من جهته قلنا ذلك باعتبار رفع الفساد لا باعتبار نقض ما تم من جهته فلما باع المشترى شراء فاسدا جعل ذلك العين غير ذلك العين لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو بقى له حق الاسترداد يكون منه السعى فى نقض ما تم من جهته خالصا أما أن البيع الثانى صحيح ولا فساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول (قوله الأأنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهذا انما يكون أن لو كان عجز المكاتب وفك الرهن قبل قضاء القاضى بالقيمة وكذا لو رجع فى الهبة بقضاء القاضى أو بدونه أو رد عليه بالعيب فى البيع قبل أن يقضى القاضى عليه بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضى فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين بعد ذلك كما لو أبق المغصوب فقضى القاضى بالقيمة ثم عاد كذا فى المبسوط (قوله وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار) ولم يذكر محمد رحمه الله من يفسخ الاجارة وذكر فى النوادر أن القاضى هو الذى يفسخ والتزويج يشبه الاجارة لورود على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضا فتعلق

(قوله وهذا) أى انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا (انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من أقوى الاعذار ولانها تنعقد شيا فشيا فيكون الرد امتناعا) ولعل فى الجوابين اشارة الى المذهبين فيها

قال

قال (وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال فى النهاية أى القيمة التى أخذها من المشترى وليس بواضح بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت فى الاجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كما فى الرهن

لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما فى الغصب (وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من ان للمشترى حق منع البائع من المبيع الى أن يأخذ ما أدى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين (ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبى سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبى حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل فى تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية أبى حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبى سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوبة فى كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل فى حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قائمة

قال (وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن) لانه يقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح

البائع فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع أما ان أتلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعنى القيمة التى أخذها من المشترى وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذى تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التى دفعها للمؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولو مات البائع) بيعا فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك فالذى فى يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشترى بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة يمنع أن دين المحيل صار مشغولا لا يحق المحتال كما فى الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التى دفعها (قائمة يأخذها) المشترى (بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كما فى البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبى سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتى ما يقوى رواية أبى حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى له أخذ مثلها وكذا ذكر قاضيخان وذكر فى الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشترى فان فضل شئ عما دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له

حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا فى الذخيرة والايضاح (قوله وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله اذا اشترى عبدا بيعا فاسدا أو استأجره اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجر أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرضه قرضا فاسدا أو أخذ به رهنا فله أن يحبس ما اشترى وما استأجره وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البدلين فان مات البائع أو المؤجر أو الراهن أو المستقرض فالذى فى يده العبد والرهن أحق بثمنه من غرماء الميت بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين أو الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص المحتال له بدين الحوالة والوديعة فان قيل دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب أن يكون المحتال له أخص به كما فى الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كالمأذون اذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص (قوله فيصير محبوسا به) أى بالثمن كالرهن يصير محبوسا بالدين الا أن الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما فى الغصب (قوله وهو الاصح) احترازعن رواية أبى حفص رحمه الله قال الامام التمرتاشى رحمه الله ذكر بكر رحمه الله فان كان المنقود

(قوله بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث (قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

(وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر فى الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشترى فان فضل شئ يصرف الى الغرماء كما فى بيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وذكر فى الايضاح أن قول أبى يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبى حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشئ فالاقوى لا يبطل به وهو بديهى وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك (ولابى حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشترى بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشترى (بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة فى البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبئك أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له فى الحجة قيل وانما أدخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع فى كونه منهيا مقررا لانه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشترى واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفى تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا تؤمل ما ذكر فليس بوارد اذ البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة واعترض أيضا بانه اذا انتقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع فى

لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها) عند أبى حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية (وقالا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه

بعد الاستهلاك مثل حق المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع فى استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقلع الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفيع) فى الدار التى يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعا فاسدا فى الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) فى ثبوت الملك له فى الدار (الى القضاء ويبطل بالتاخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع فى الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولابى حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشترى الثانى بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التى أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور فى الجامع

فانما هل يتعين على رواية أبى حفص رحمه الله لا وعلى رواية أبى سليمان رحمه الله يتعين وعلى هذا يجب أن يكون المقبوض بقرض فاسد وكذا لو باع دراهم بدراهم الى أجل فهو فاسد على الروايتين وذكر البردعى رحمه الله فى الجامع الدراهم فى البيع الفاسد انما تتعين اذا تتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تتعين (قوله لانه بمنزلة المغصوب) أى الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب (قوله لما بينا) اشارة الى أنه بمنزلة المغصوب والحكم فى المغصوب كذلك (قوله حق الشفيع أضعف) فلهذا يحتاج الى الرضا أو القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا يثبت حق البائع فى الاسترداد من غير قضاء ولا رضا المشترى ويورث هذا الحق لا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشترى لحق الشفيع فلحق البائع أولى ولابى حنيفة رحمه الله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام اذ البناء ليس للنقض والغرس ليس للقطع والمشترى يتضرر بنقض البناء والغرس تضررا بلا جائز والبائع يتضرر مع جائز مع أنه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشترى أولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشترى بيعا صحيحا بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قيل اذا نقض البناء أو الغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب أن يعود حق البائع فى الاسترداد

الاسترداد لوجود المقتضى وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشترى شراه فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ وأجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفى بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع وروى وجوب القيمة فى هذه المسئلة عن أبى حنيفة ويعقوب رحمهما الله ثم شك بعد ذلك فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة لا فى مذهبه والدليل على أن مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف فى كتاب الشفعة أن عند أبى حنيفة للشفيع الشفعة فى هذه الدار التى اشتراها المشترى شراء فاسدا وبنى فيها أو غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب أبى حنيفة فى ثبوت الشفعة لا يشك فى مذهبه فى انقطاع حق البائع فى الاسترداد فلم يبق الشك الا فى روايته عنه لمحمد رحمهم الله قال شمس الائمة السرخسى هذه المسئلة هى المسئلة الثالثة التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد قال أبو يوسف ما رويت عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لى عنه أنه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان فى الرواية حيث لم يقل مذهب أبى حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى توكيد كرر المصنف قوله (شك يعقوب فى الرواية) وفى كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير والراوى فى الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل الذى رواها يعقوب عن أبى حنيفة لمحمد

وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة) بذلك قالوا انه شك فى حفظ الرواية عنه لا فى مذهبه يعنى أن مذهبه معروف أنه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشترى (فان محمدا نص على) هذا (الاختلاف فى كتاب الشفعة) فانه قال اذا بنى فى الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبى حنيفة ثابتة لان حق الشفعة فى الدار المبيعة بيعا فاسدا مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الائمة قول أبى يوسف لمحمد ما رويت لك عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لى أن يأخذ قيمتها صريح فى الانكار لا فى الشك وصريح فى أنه ينقل عن أبى حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف (فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدما مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبنى على عدمه وعدمه مبنى على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبنى والمعنى ثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب أن الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع فى الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يسترد واتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة فى البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وأورد على أبى حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفساد فاولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه اعدام الفساد أجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لاجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغرس لاجل الشفيع ينبغى أن يعود حق البائع فى الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد أجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما للملك هذا وقولهما أوجه لان قول أبى حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق فى الاجارة على

لزوال المانع كما اذا باعه المشترى بيعا صحيحا ثم انتقض البيع بما هو نقض من كل وجه قلنا المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع عود حقه كملك المشترى الثانى ألا ترى أن المشترى لو باعها ينقض الشفيع البيع الثانى ولا يعود حق البائع فى الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عائدا على موضوعه بالنقض لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له لا لان لا يكون له ولان النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى مناقضا للمقتضى وهو التسليم الى الشفيع (قوله وشك يعقوب رحمه الله فى حفظ الرواية) يعنى شك أنه هل سمع من أبى حنيفة

(قوله وفيه تامل) أقول لانه انما قال ما رويت لان النزاع كان فى الرواية لا فى المذهب فيجوز أن يكون الشك فى المذهب أيضا بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (ما رويت) صريح فى نفى الرواية لا فى الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين فى العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلافهما والخبث أيضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فأما الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثانى يؤثر فيهما

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح فى الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث فى الربح والدراهم والدنانير

ايجاب القلع فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا فان قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشترى شراء فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الامدة ما وأما تعليل بعضهم له بانه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجانى بعقده هو الذى بنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو فى الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا أذن فى تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها) المشترى (وربح فيها تصدق بالربح ويطيب لبائعه ما ربح فى الثمن) الذى قبضه من المشترى اذا عمل فربح والاصل فى هذا أن المال نوعان نوع لا يتعين فى عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث فى البدل لعدم الملك فى المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين حتى ان الغاصب أو المودع اذا تصرفا فى المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وأديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند أبى حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله فى الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن ان أشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة فى أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية فى مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى والا اعتبر ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال يتصدق المشترى بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح فى الثمن ولا شك أن هذا انما هو على

رحمه الله أنه ينقطع حق البائع ببناء المشترى فى الشراء الفاسد أم لا ولم يشك فى الاختلاف وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف فى ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد فيكون نصا على الاختلاف فى انقطاع حق البائع بالبناء لان التنصيص على الاختلاف فى الفرع يكون تنصيصا على الاختلاف فى أصل ذلك الفرع (قوله والفرق أن الجارية مما يتعين) والاصل أن الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد فى الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف فى العروض والنقد وأدى ضمانهما للمالك وبقى الربح يتصدق بالربح عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به أو تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث وأما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هنا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين

جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيأ وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث فى الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيهما انه لو أشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له أن يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب فى ذمة المشترى لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها فى البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح وهى التى تقدمت انها تتعين فى البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيأ وباعه وربح فيه تصدق بالربح فى الفصلين عند أبى حنيفة ومحمد لان الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين

(قوله وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعين سواء كان فى الغصوب أو ثمن المبيع الفاسد انما هو فى العقد الثانى لا يتعينان ولا بد من تعينه فى الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لا على الاصح وهى التى تقدمت الخ) أقول يعنى تقدم ذكرها فى ورقة تخمينا بقوله ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبى سليمان وهو الاصح (قوله لان الخبث لما كان لعدم الملك الخ)

وقال أبو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلوا اما ان أشار اليها ونقدها أو أشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثانى فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح فى الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفى الثانى توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح فى الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهى التى تكون فيما يتعين الى شبهته لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهى التى تكون فيما لا يتعين الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هى المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة هى الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخلة فى الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى فى ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبر ما دونها أيضا فعاالحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لآخر لى عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك

لا يتعينان فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبى حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد ربح المدعى فى الدراهم يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية

الرواية القائلة انه لا تتعين النقود فى البيع الفاسد أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح فى النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف ان رواية التعين فى البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع أيضا بما ربح فى الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل فى طيب الربح صريح الرواية فى الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذى قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذى قبض الدراهم وحينئذ فالاصح أن الدراهم لا تتعين فى البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين فى العقود) أى عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والشركة انما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعى لا يطيب فى الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما فى المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يحبسها ويعطى مثلها عندهما (قوله وكذلك الخ) قال فى الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شئ وقد ربح المدعى فى الدراهم التى قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) أى بالاقرار

ثم ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على آخر مالا أى دراهم أو دنانير (قوله لان الدين وجب بالتسمية) أى بتصادقهما لان المرء مؤاخذ باقراره فى الحكم فاذا تصادقا أن الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو

لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه فى غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين أولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصدا فى مقابله لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

أقول كتب فى هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بان الكلام فى الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما يثبت الملك مستندا بالضمان وفى المستند شبهة العدم وشبهة العدم ملحقة بحقيقة العدم فيما يبتنى على الشبهات والصدقة تبتنى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة اليه كالعدم اه ونحن نقول فعلى هذا يكون فى ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث وفى ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التى ادعاها فى الكلام حيث لا يخرجه الى الحقيقة فليتأمل

ثم استحق بالتصادق و بدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

(فصل فيما يكره) قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا

عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (و بدل المستحق مملوك) أي ملكا فاسدا سواء كان عينا أو دينا أما عينا فبدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضيخان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغير بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما زعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا الكذب فدفع اليه لا يملكه أصلا لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

(فصل فيما يكره) لما كان دون الفاسد أخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب اذا لبس باطلا أو يثبت له الخيار وهذا لان النهي مطلقه للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى اثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فحرم ذلك وشراء ما يجيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منعقدا و يثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا أو لازما لا ينفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه و يملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه و يجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع باخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا جعلته فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم ظلما فأما اذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذ كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع

استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع أمة بالف وتقابضا فاستحقت الامة كان الثمن مملوكا للبائع ملكا فاسدا لوجوب رده عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة يتمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر والله أعلم بالصواب

(فصل فيما يكره) (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو بفتحتين وروي بالسكون أن تستام السلعة بازيد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في النكاح وغيره

قال

(فصل فيما يكره) قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك ألحق به وأخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان بوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) بفتحتين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تناجشوا) أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع

(فصل) فيما يكره

(ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم ينعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح أما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب أي المجلوب وصورته لمصري أخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراده فذلك لا يخلو اما أن يضر باهل البلد أولا والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غرر وضر وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فأما اذا لم يركن أحدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقي الجلب) وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر

حاضر لباد والنجش بفتحتين و يروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مثيره وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن و يقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصور البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا هو بيع من يزيد ولا باس به كما سنذكر (قوله وعن تلقي الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة وثانيتهما أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصي أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشترى ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصي والوجه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا محمل النهي اذا كان يضر باهل البلد أو لبس أما اذا لم يضر ولم يلبس فلا باس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ومحمل النهي (اذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجة (أو قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا باس لانعدام الضرر) وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع و يقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له و يبيع و يغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكانه لما سئل عن لمية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه للسمسار (قوله

ومنه الحديث نهى عن النجش ولا تناجشوا أي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا تستام نهي بصيغة النفي وهو أبلغ (قوله وعن تلقي الجلب) جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهي عن تلقي الجلب كذا في المغرب (قوله وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي)

قال المصنف والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي اهـ وفيه بحث

(قاله و بيع الحاضر للبادى) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادى فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر و يبيعه من أهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما أن يكون أهل المصر فى سعة لا يتضررون بذلك أو فى قحط يتضررون فان كان الثانى فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا تكون اللام للبادى بمعنى من وقيل فى صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصرى البيع لاهل البادية ليغالى فى القيمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان للقبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعى اذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا تبايعا يمشيان فلا اخلال فيه فلا كراهة وقد تقدم فى كتاب الصلاة أن المعتبر فى ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أى المذكور من أول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد أى القبح لامر خارج زائد أى مجاور وليس فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد وروى أنس رضى الله عنه قدمر آنفا (نوع منه) أى هذا الذى يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن ... والاصل

قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه فى كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة قال (ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان أحدهما كبيرا)

والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الأذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا فى النهى عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى الى (الاخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فى منع البيع فى كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أى كل ما ذكرناه من أول الفصل الى هنا يكره أى لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن و يثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعى لكنه يثبت الخيار فى تلقى الركبان على ما قدمناه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفى النجش وكذا بيع الحاضر للبادى و به قال أحمد وعلل الصحة (بان الفساد) فيه (فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة) واستشكله فى الكافى لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس فى صلبه قال الا أن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما عندنا فى ذلك (قوله ولا باس ببيع من يزيد) وهو صفة البيع الذى فى أسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة (لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الاربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الانصار أتى النبى صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له أما فى بيتك شئ قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتنى بهما فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشترى هذين فقال رجل أنا آخذهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما اياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه الى أهلك واشتر بالآخر فأسا فائتنى به فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب و يبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا و ببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجىء المسألة نكتة فى وجهك يوم القيامة ان المسألة لا تصلح الا لثلاثة لذى فقر مدقع أو لذى غرم مفظع أو لذى دم موجع وأخرجه الترمذى مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذى حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفى وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال فى علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أى من البيع المكروه أى الذى لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه أو لانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) باى سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما و بينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان ببيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفى مبالغة فى المنع ولا

وقيل هو أن يتولى المصرى عمن جاء من خارج المصر ليغالى فى القيمة (قوله ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه) يعنى اذا قعدا أو وقفا قائمين لاجل البيع وأما اذا كانا يمشيان و يبيعان فلا باس بذلك (قوله وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه) وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (قوله ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن و يثبت الملك قبل القبض (قوله وتفسيره ما ذكرناه) وهو قوله فاذا لم

يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة (قوله و وهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام و وهب النبى صلى الله عليه وسلم لعلى غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك و يروى اردد اردد و وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد و بالثانى تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر فى ذلك استئناس الصغير بالصغير و بالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفى بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبى على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق و يجوز أن يكون المراد فى قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا فى صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما أصلا حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا للآخر أو كان أمه والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما الا أن النص النافى ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضى جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما فى الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة و ولدها والاخوان قيل فى كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا لخفاء التناقض والجواب بما أشرنا اليه فى تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير و بين قوله و رد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس فى القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوى القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل فى الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة

والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة و وهب النبى صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت

ينظر فى الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذى عن أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدة و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حيى بن عبد الله لم يخرج له فى الصحيح واختلف فيه وللاختلاف فيه لم يصححه الترمذى و رواه أحمد بقصة و روى الحاكم فى المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبى بردة وتارة عن طليق عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطنى وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الا أن فى سوقها طولا علينا وأما حديث على رضى الله عنه فأخرجه الترمذى وابن ماجه من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذى حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطنى من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن على رضى الله عنه قال قدم على النبى صلى الله عليه وسلم سبى فامرنى ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فارتجعهما و بعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على

يركن أحدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد (قوله ما فعل الغلامان) أى ما حالهما وقوله و يروى أردد أردد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة و ولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين الوالدة و ولدها و يجوز أن يكون خبرا (قوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون ما مصدرية (قوله و وجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة فى صحة الاستدلال بادرك واردد الى التكرار نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة و ولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عما أو خالا لمورد النص مشكلة وللاشارة الى ذلك قال عسى

للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة ولزم التزام القول
بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره أو استولدها ان
كانت أمة فانه لا باس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للمولى أن
يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر أما الاول فلان بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو ألزم المولى
الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه ولو
تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشآن فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الاسر والقتل

أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما

شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب انبأنا مالك بن أبي الخير الزيادي عن أبي قبيل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث أبي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور ولا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب) كمحرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة

أي استرد (قوله ثم المنع معلول بعلة القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كامرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم فان قيل أليس أن الحربي اذا دخل دارنا بغلامين أخوين صغيرين بامان فاراد أن يبيع أحدهما فلا باس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق (قوله ولا يدخل فيه الزوجان) حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس مخالف لما ذكر فيما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده الى آخره قلنا النص لا بد أن يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه كما قلنا أن في حديث القهقهة معنى معقولا وهو أن القهقهة جناية في مقام المناجاة مع الرب فاوجبت نقض الطهارة جزاء لجنايته لمنع مقصوده من المضي في الصلاة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء الصوم مع الاكل ناسيا أن فساد الصوم يتعلق بترك الاتمام مختارا والناسي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفته الدليل الظاهر فعلم بهذا أن مطلق وجود المعنى لا يدل على أن يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر وههنا كذلك لان الصغير من ملكه والملك عبارة عن المطلق الحاجز والقياس الظاهر يقتضي أن يجوز تصرفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك سوى العبيد والاماء وفيهما في الكبيرين فلهذا سمي بخلاف القياس وان كان فيه معنى معقول من وجه آخر كما في النظائر (قوله لما ذكرنا) أي

(قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحم المحرمية الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلان منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

وفي الآخرة لان الظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر
اضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد
السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للاضرار عنه وأما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور وهو حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر ففيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفريق فيه وأما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا باس ببيع أحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له أو كبيرا وهما في مؤنته أولا وسواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء
اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروي عن أبي حنيفة
رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يفدي فكان الفداء أولى

ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها لان النص ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بان خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة فثبت في الخال والخالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعا أو يمسكهما كما في مسائل الباب اذا وجد باحدهما عيبا والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولد الامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون لحربي مستأمن فباع أحدهما فللمسلم ان يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاما للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هنالك يشب ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا تعرضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقارب لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت كالخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من السكون مع أخيه حيثما كان وأينما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم فآل الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه لانه يصير مسلما باسلام أبيه

من أن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده (قوله وبيعه بالدين) بان استهلك أحدهما مال انسان وكذا اذا كان مأذونا فلحقه دين يباع في الدين وان حصل التفريق (قوله ورده بالعيب) بان اشتراهما

قال المصنف (لا الاضرار به) اقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث

قال (فان فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لايجوز فى قرابة الولاد ويجوز فى غيرها وعنه انه لايجوز فى جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا فى البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله فى محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام (وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما) لانه ليس فى معنى ماورد به النص وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

فهذا تفريق بحق (قوله فان فرق كره ذلك وجاز العقد) اذا كان المالك مسلما حرا أو مكاتبا أو ماذونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق فى ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا فى ملتهم لايجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله انه لايجوز فى قرابة الولاد ويجوز فى غيرها وعنه انه لايجوز فى جميع ذلك) أى قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث على رضى الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما وارتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا فى البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله فى محله والكراهة لمعنى مجاور والنهى للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيام) على سوم أخيه وحينئذ يجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيله رغبة فى ثواب الاقالة أو ان يبيع الاخ لآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذكر فيه حديثا فى المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لاتجمعوا عليهم بين السبي والتفريق مالم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة ابن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لاتفرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه فى المبسوط وهو قول للشافعى وفى أظهر قوليه الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان فى سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبى كذاب وقيل رماه ابن المدينى بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا باس به لانهما من أهل النظر لانفسهما وربما رأيا المصلحة فى ذلك (قوله وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس فى معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب (قال البزار بعد أن غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشر بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهثم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهى مارية أم ابراهيم وأما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهى أم عبد الرحمن بن حسان وذكر أن هذا الحديث فى صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقى بسند آخر فى دلائل النبوة مرسلا أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن أبي بلتعة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين أحداهما أم ابراهيم وأما الاخرى

فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن أحدهما محل البيع بان كان مدبرا أو مكاتبا (قوله لمعنى مجاور) وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع فى شئ والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهى عنه لا يفسد العقد كالنهى عن البيع وقت النداء كذا فى المبسوط (قوله كراهة الاستيام) أى السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه أدرك محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع أحدهما منه (قوله ليس فى معنى ما ورد به النص) لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس أحدهما بالآخر بل يتأذى أحدهما من الآخر باحسان السيد الى أحدهما والله أعلم

قال (فان فرق كره ذلك وجاز العقد الخ) فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على أنه مكروه وسواء كان بالبيع أو القسمة فى الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف أنه لايجوز فى قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لايجوز فى جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلى أدرك أدرك ولزيد بن حارثة أردد أردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا فى البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما (قوله وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما)

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لايخفى عليك أن قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام فى اطلاق التفريق الواقع فى الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول فى أدرك واردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول فى أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

(باب الاقالة)

فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهى أم زكريا بن جهيم الذى كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقى بسنده الى حاطب قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزلنى فى منزله فاقمت عنده ثم بعث الى وجمع بطارقته الى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابى جهيم بن حذيفة العدوى وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس فى شئ منها أن الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعى فى كتاب الاكتفاء عن الواقدى باسناده أن المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارحل من عندى ولا تسمع منك القبط حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدى دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكذلك ذكر ابن عبد البر فى الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبرى عن أبي عبيدة فى خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالله أعلم بذلك وانما بوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذى فى مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة الى أن قال فجئت بهم الى أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب فنفلنى أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم ياسلمة هب لى المرأة فقلت هى لك ففدى بها أسارى بمكة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لكن لاشك فى أن النبى صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم *(فروع)* اذا كان مع الصغير أبواه لايبيع واحدا منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ماذكر فى ظاهر الرواية بان شفقة الام تغنى عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا ثم الا مع الاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو أخوة كبار فى رواية الامالى لا يباع واحد منهم والصحيح أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطنى لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الا بعد مع الاقرب وعند الاتحاد فى الدرجة والجهة أحدهما يغنى وكذا لو ملك ستة أخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة القياس أن يباع أحدهم لاتحاد جهتهما وفى الاستحسان لا يباع لان الاب فى الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى بيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا فى درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

(باب الاقالة)

(باب الاقالة)

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب كاشكى أى أزال القول السابق وهذا سهو بوجوه أحدها أنهم قالوا قلت البيع بالكسر وأقلته فدل على أن العين ياء والثانى أن فى الصحاح أورد اقالة البيع فى ذكر القاف مع الياء لا فى ذكر القاف مع الواو فقال وأقلته البيع اقالة وهو فسخه وربما قالوا قلته البيع والثالث

لانه ليس فى معنى ماورد به النص يشير الى أن مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى أن أمير القبط أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين أختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهى مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو ماذونا له وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان مافيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

(باب الاقالة)

(باب الاقالة)

(الاقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه ولما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقبه ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلته البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ندب صلى الله عليه (١١٤) وسلم اليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب اخبارا أو دعاء وكلاهما لا يكون الا لمشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما علكان رفعه لحاجتهما وشرطها أن تكون في الثمن الاول (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا يبطل ما نعلق به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديدا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما سنذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا أو بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه أولى

فان قيل ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع بقرينة مقابلة الاقالة للبيع (قوله وهي من القيل لا من القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع الا قيلا واقالة فسخه (قوله والهمزة للسلب) أقول فاقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطا لانتفي بانتفائه وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد بمثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وأيضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كأن لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الاول الى مالكه كأن لم يدخل في

ماذكره في مجموع اللغة في القاف مع الياء وقاله البيع قيلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في اثبات جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام ندب الى الاقالة بما يوجب التحريص من الثواب والاصل أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا في حقهما تظهر في مواضع أحدها أن يجب على البائع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني أن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما أيضا لبطلت بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع ويبطل بها عند أبي يوسف رحمه الله في الموضع الذي يجعلها بيعا والثالث بعدما تقايلا قبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع لانه فسخ في حقهما ولو كان بيعا لما جاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع لان في حق غيرهما بيعا جديدا وفائدة كونها بيعا جديدا في حق غيرهما تظهر في مواضع أيضا أحدها أن المبيع لو كان عقارا مما يجب فيه الشفعة فسلم الشفيع الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطلب الشفيع الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني أن البيع لو كان صرفا فالتقابض في كلا الجانبين شرط لصحة الاقالة فجعل في حق الشرع كبيع جديد والثالث أنه لو اشترى شيأ وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البائع كأنه ملك بسبب جديد والرابع أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس

فعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض واذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الا أن يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا أن تعذر جعلها فسخا فتبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا بأكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والدفع يعني ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي واذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل (١١٥) أبو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بأنه اذا قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة انما أضيفت الى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها أضيفت الى ما له وجود أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين أحدهما انه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول منقوض بما اذا كانت الاقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فانها حينئذ فسخ اجماعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أي المعنى المجازي (قوله وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول ألا يرى أنه يجعله فسخا اذا لم يكن جعله بيعا ولك أن تقول يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعلمك بالتدبر فان قيل بماذا ثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة ويترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده

الا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثراتي

الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة الى غيرهما حكم البيع كما سنذكره (فان لم يمكن جعله فسخا) كأن ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك (تبطل) هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فتجعل فسخا فان تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسخ الا أن يتعذر فبيع الا ان تعذر فتبطل والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبل كما لو قال أقلني فقال أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا تنعقد الا بالمضي فيهما الا أنها كالبيع فاعطى بسبب الشبه حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجري في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدوري وذكره في الدراية والذي في فتاوى قاضيخان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار وا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركتك وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الاقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلني عثرتي) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدما بعد وجودها

للواهب أن يرجع فصار كان البائع اشتراها في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي (قوله الا أن لا يمكن جعله فسخا فيبطل بان ولدت المبيعة ولدا بعد القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو حنيفة رحمه الله لا يصحح الاقالة الا بطريق الفسخ وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض أو تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما الا أن لا يمكن جعله فسخا أيضا فحينئذ تبطل الاقالة في نفسها كما في بيع العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسخا أيضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وقد سميا ثمنا آخر وعند محمد رحمه الله هو فسخ كما قاله أبو حنيفة رحمه الله حتى لو تقايلا بمثل الثمن الاول أو بالاقل يكون فسخا الا اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا

والثانى ان قوله أقلتك العقد فى هذا العبد معناه على ذات التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضى نفى سابقة العقد واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ فى حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان أمكن والا بطل وههنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونه ضده واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كما عرف فى موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد فى حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا فى حقه بل هو أمر ضرورى لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجبه فى حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين فى محل واحد وتقريره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت فى المبايعة فاعتبر موجب الصيغة فى حق المتعاقدين لان لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم فى حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر أن المدعى أن كون الاقالة بيعا جديدا فى حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابى حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع يبدل الاحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يغير ويثبت فى ضمن الاقالة وأما الادلة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التى هى الفسخ اذا ثبت هذا أى ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول ولابى

فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى انه بيع فى حق الثالث ولابى يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع

وهو المراد بالفسخ اذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول فى الوجود (فيوفر عليه قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولابى يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما فى التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع) بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذى كان بائعا الرد بالعيب بالحادث عند المشترى (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شئ كان بيعا غير أنه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت فى منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بجعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن وكونه لا ينعقد البيع بانشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن ينعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه فى الصحيح

بعد القبض باكثر من الثمن الاول بخلاف جنس الثمن الاول فهو بيع كما قاله أبو يوسف رحمه الله الا أن لا يمكن جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما فى بيع العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا فى المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفى الذخيرة ثم هذا الخلاف الذى ذكرنا فى الاقالة اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة فاما اذا حصل بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو الرد فانها لا تجعل بيعا وان أمكن جعلها بيعا (قوله فتوفر عليه قضيته) أى يوفر على اللفظ ما اقتضاه موضوعه اللغوى وقضية لفظ الاقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ولابى يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع فيجعل بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة أصلا ولو كان لفظ الاقالة محتملا لمعنى البيع لانعقد به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا روى عن بعض المشايخ أنه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو أن قوله أقلتك العقد فى هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة أضيفت الى ما لا وجود له فيبطل فى مخرجها وما نحن بصدده ليس كذلك لان الاقالة أضيفت الى ما له وجود أعنى سابقية العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ فى موضع لوجود الدلالة على ما أريد من المجاز ارادة المجاز فى سائر الصور وعند عدم دلالة الدليل على المجاز الى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية (قوله وهذه أحكام البيع) وهى بطلان الاقالة بهلاك السلعة فى يد المشترى بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها تدل على أن الاقالة بيع فالاستدلال بالاثر على العلة انما يصح اذا كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كالاستدلال بالدخان على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون

مجاز شرعى فى الفسخ (قوله معناه على ذات التقدير بعتك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لا نسلم أن معناه ذلك بل معناه بعتك هذا العبد الذى كنت بعتمنى سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كان بعد بيع بينهما فى هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المجيب وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة فى حق الحكم عند أبى يوسف ومحمد كما حقق فى علم الاصول (قوله وذلك يقتضى نفى سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول لا يقتضى سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليصرفا موجب البيع عنه

ولابى حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ فى مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

عدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولابى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد رحمه الله (والاصل اعمال الالفاظ فى مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اى بانه وضع بهذا الاعتبار والا رجع الى مجرد الاصطلاح على ان مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا او بقيد ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية تختلف باختلاف الاصطلاح فى الالفاظ بقى أمر آخر وهو أنها لم تستعمل فى البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أى الرفع الذى هو المعنى الحقيقى (ضده) أى ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال فى الضد انما يكون لتهكم أو تمليح وليس ذلك فى الفقه أو يكون لمشاكلته اللفظ وقع فى صحبته كجزاء سيئة سيئة وليس هنا ذلك (فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لامر ضرورى) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) ببدل ظهر فى حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما وانه ظهر بيعا فى حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع فى بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك فى عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أى هذا الخلاف فى هذا الاصل (فنقول) تفريعا عليه (اذا شرطا) فى الاقالة (الاكثر) كان تقايلا على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

البيع فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فانه غير مختص بالبيع (قوله ولابى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ) الى أن قال فتعين البطلان فان قيل اعمال اللفظ بمعنى من المعانى عند دلالة الدليل عليه أولى من الابطال ثم فى لفظ الاقالة لما تعذر اعتبار الحقيقة وجب أن يجعل عبارة عن البيع المبتدأ لان اللفظ يحتمله ألا ترى أنا جعلناه بيعا فى حق الثالث قلنا أن اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده وأما فى حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع فى حقه ولكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك للبائع ببدل أظهرنا هذا الموجب فى حق ثالث فاما فى حقهما فاللفظ اذا لم يمكن اعتباره بحقيقته ولا يصح مجازا عن البيع لغا فى نفسه كذا فى الايضاح وذكر فى الفوائد الظهيرية ولابى حنيفة رحمه الله أن الاقالة رفع وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا يمكن أن يستعار أحدهما للآخر والمجاز حيثما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما فى معنى يوجد فيهما بيانه أن الشجاع يسمى أسدا لاشتراكهما فى معنى الشجاعة وأما الجواب لابى حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف رحمه الله من أحكام البيع فى الاقالة على أن الاقالة بيع بدلالة وجود تلك الاحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يبدل الاحكام من حكم الى حكم كدم الاستحاضة أخرجت عن حكم الحدث ولا يغير الحقائق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يتبدل ويثبت ضمنا للاقالة وأما الاقالة فلا يخرجها عن حقيقتها التى هى الفسخ (قوله وكونه بيعا فى حق الثالث) جواب سؤال يرد على قول أبى حنيفة رحمه الله

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مالم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيتحقق الربا ولان في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع مالم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالالف ولغا ذكر الباقي وان تقايلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغا النقص و وجب على البائع رد الالف عن المشترى وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشترى جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في

لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند

أبي حنيفة يبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما بطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع مالم يكن لان رفع مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع الى المشترى والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع له مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا الا أن أصل العقد له وجود واياه عنيا بالاقالة غير أنهما زاداه شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع) لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الا أن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء مافات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه

(قوله بخلاف البيع) يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة أي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهما بدرهمين فان البيع يفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل كانه باع درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات مالم يكن ثابتا فيتحقق الربا ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يؤيد قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع مالم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان في الاحالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة (قوله الا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء مافات

فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان أبا يوسف انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا أن الحط يجعل محمد بازاء مافات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظ اما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع ان المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فليتامل (قوله يعني بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ماذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقايل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع وأما في غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان

محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

(ولو سكت عن الكل) بان قال أقلتك (يكون فسخا) عليه فاذا سكت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا) من جعل الحط بازاء مانقص من العيب *(فرع)* باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشترى شئ لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الاول) بان كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع ان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشترى باعه من المشترى ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشترى لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشترى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى ثم ان البائع اشتراه من المشترى بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها)

بالعيب) وبعض مشايخنا قالوا تأويل المسئلة أن يكون حصة العيب بقدر النقصان أو أقل أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله) هذا اذا ولدت بعد القبض وأما اذا ولدت قبل القبض فالاقالة صحيحة عنده وحاصله أن الجارية اذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ متصلة كانت أو منفصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله لانها تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة وأبو حنيفة لا يجوز الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا في الذخيرة (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها)

الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى لقيام المبيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أى أحد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد فى يد بائع الجارية ثم أقالا البيع فى الجارية تجوز وتجب قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما أما اذا كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك أحد العوضين قبل القبض أو كان أحدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما فى معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك أحدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما فى المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم تتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفى المقايضة تعلقت باعيانهما قائمين فى هلاكهما لم يبق شئ من المعقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلنى فيقول الآخر أقلت قال عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح وبه فارق البيع

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى) لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا والله أعلم بالصواب

ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه أما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر الى نقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا أشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بمثله فى ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تتادى زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين فى المالية ولا يتادى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك فى ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها فى البقاء فجعلنا ابقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع ما لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم فى هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمة والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله فى الاقالة كما فى حقيقة المقايضة كما سنذكر أما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك أحدهما أيا كان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى لقيام البيع فيه) (قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أى تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بامة وتقابضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع فى الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال البيع فى الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت

لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد فيقتضى قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن انما يثبت له حكم الوجود فى الذمة بالعقد وما يكون وجوده بالعقد يكون حكما للعقد وحكم العقد لا يكون محلا للعقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشئ يسبقه وبينهما تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض بطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك أحدهما ولا تجوز بعد هلاكهما (قوله ولا تبطل بهلاك أحدهما) أى لا تبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك أحدهما (قوله لان كل واحد منهما مبيع) فان قيل فى التصارف أيضا كل واحد من البدلين مبيع وتجوز الاقالة بعد هلاكهما قلنا لان المعقود عليه فى التصارف ما استوجب كل واحد منهما فى ذمة صاحبه ألا ترى أن بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا صحة الاقالة وان كان فى العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهما لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلنى فيقول الآخر أقلت وقال محمد رحمه الله لا يقوم الا بلفظين يعبر بهما عن

(قوله لان الاقالة وان كان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة

(باب المرابحة والتولية)

الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف ان هلاك البدلين فى الصرف غير مانع من الاقالة وفى المقايضة مانع أنه فى الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم فى يد المسلم اليه رده وان كان هالكا فانما عليه رد مثله ولو تقايلاه بعدما قبض المسلم فيه وهو قائم فى يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسبيجابى *(فروع)* ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى تتوقف الاقالة على القبول فى المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابى يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشترى جائز وفى جمع التفاريق اقالة الوارث جائزة وأطلق فى الجامع جواز اقالة الوصى وهو مقيد بما اذا لم يبع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولى أيضا لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التى وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا الرد بالعيب وكذا فى الاجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير أو على القلب أما لو جددا بدراهم أكثر أو أقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذا الحط يلتحق باصل العقد الا فى اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثنى عشر درهما ولو قال المشترى بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لى أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح فى الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعنى اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف العتق باطل وفى الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع فى فتاوى قاضيخان وغيرها باع أمة فانكر المشترى الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان جحود المشترى فسخ فى حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشترى يدعى لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشترى الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى فى أيام الخيار وقال هى التى اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لان المشترى لما رد أخرى فقد رضى بتملك البائع الثانية بالاولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطى وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشترى الى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحسانا وللمشترى منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الاول والمشترى كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثانى أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشترى الاول ولو اختلف البائع والمشترى فقال المشترى بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلتنا به فالقول للمشترى مع يمينه فى انكار الاقالة فان كان البائع هو الذى يدعى انه اشتراه من المشترى باقل مما باعه والمشترى يدعى الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

(باب المرابحة والتولية)

الماضى اعتبارا بالبيع ولهما أن الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح وبه فارق البيع والله أعلم بالصواب *(باب المرابحة والتولية)*

(باب المرابحة والتولية) لما فرغ مما يتعلق بالاصل

(باب المرابحة والتولية)

وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع فى بيان الانواع التى تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا فى أول البيوع وعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم مرابحة لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه وأما الثانى فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما أن يراد به عين الثمن الاول أو مثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون عينه مرادا فى البيع الثانى ولا الى الثانى لانه لا يخلو اما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر فى الايضاح والمحيط أنه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثانى يقتضى أن لا يضم الى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن فى العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط فى المرابحة أصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة أو وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة فى المبسوط قيل فعلى هذا الاولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذى فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الاول الى قوله فلان المغصوب) أقول المسئلة فى قاضيخان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الاول الخ) أقول والتولية الثمن الاول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة فى الصرف والاولى أن يقول لا سبيل الى الاول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول قوله الدراهم بدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بان يكون رأس المال دنانير ولا يخفى عليك ان ما نقله من ذينك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا الا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثانى للاول فى الجنس

قال (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح

(قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه فى بعض المواضع بانه بيع مرابحة وكونه لا يجوز شئ آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائزة بلا استثناء شئ وهذا مما صدقاته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو بيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ما ملكه بالعرور مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة فى ذلك لان بدلى الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا والذى يلزم وروده على التقدير الذى صححنا به الايراد ما اذا اشتراه بثمن نسيئة لا يجوز أن يرابح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا أن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق فى أحدهما أنه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أبق العبد المغصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التى أداها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشترى فيه فمن قبل جهله وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذى اشترى به وصرح فى الفتاوى الكبرى فى مسئلة الغصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتى فى هذا الكتاب والثالثة ماذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل ما ملكه بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم ومما يرد أيضا ما اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان

البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة المساومة وهى التى لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف (قوله المرابحة نقل ما ملكه) أى من السلع لانه اذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة المسئلة فى فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله

والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثانى بان المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء واذا قضى القاضى بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل فى المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد فى المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة فى المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان) لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبى الذى لا يهتدى فى التجارة والصفقة كاشفة يحتاج الى أن يعتمد على فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صحت التولية من النبى صلى الله عليه وسلم كما ذكره فى الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أى للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى المبيعين أى بناؤهما على الامانة

(قوله والجواب عن الاول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعرف ههنا المرابحة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعى لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بان يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذى كان الكلام الى هنا فيه أعنى السلع أو المراد بالعقد الاول العقد المعهود الذى كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا الخ) أقول لابد للمجاز من قرينة وهى غير ظاهرة هنا

والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبى الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما فقال هو لك بغير شئ فقال عليه الصلاة

هذا العبد فى حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبى صلى الله عليه وسلم الى آخره وفى التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف فى مرسل سعيد أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقيله وحديث أبى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بابى أنت وأمى احدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه فى بدء الخلق وفى مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتها بالثمن وفى الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فأخذ احداهما وهى القصواء فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فداك أبى وأمى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيرا ليس لى قال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهيلى عن بعض أهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتى عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبنى باهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتى عشرة أوقية ونشا والنش هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم فى استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط فى الشرعية أفاد علتها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبى الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا

بالعقد الاول) أى بما ملكه لان من غصب عبدا وأبق العبد من يد الغاصب وقضى القاضى بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التى أداها الى مالكه هذه المسئلة أيضا فى فتاوى قاضيخان (قوله بالثمن الاول) أى بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول أجرة القصار والصباغ والطراز والفتل جاز ولانه لو ملك أصل الثوب بميراث أو هبة أو وصية فقومه بقيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة فى المبسوط (قوله ولهذا كان مبناهما) ايضاح لقوله يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكى (قوله وعن شبهتها)

والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكده بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة فى ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة فى الاموال الربوية لذلك وكل ماحرم حرم مايشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مماله مثل الخ) لا تصح المرابحة والتولية فى ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة فى القيميات ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهها لان المشترى لا يشترى المبيع الا بقيمة ماوقع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهى مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشترى باعه مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم أو شئ من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا أى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهما كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمى كالثوب مثلا أو بجزء من أحد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة وهى مجهولة فلا يجوز ويجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثانى كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

والسلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مماله مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة (ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطا للصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا اقترانهما باخبار خاص اذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا مخبرا أن ذلك الثمن الذى اشتريته به أو مع زيادة لا أرضى بدونه او من معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض) يعنى الثمن (مماله مثل) كالنقدين والحنطة والشعير ومايكال و يوزن والعددى المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه أو ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفقته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز أما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذى بيدك وربح درهم أو كر شعيرا أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (بربح ده يازده) فانه (لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته) فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أى كل عشرة ربحها واحد يقتضى ان يكون الحادى عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده تقتضى انه باعه بالعبد وببعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ماذكر وهو انه باعه

حتى اذا اشترى الى أجل ليس له أن يبيعه مرابحة الا بالبيان (قوله ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مماله مثل) أى يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشترى ملك ذلك العوض الاول فحينئذ تصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه أيضا فاشتراه مرابحة أو تولية يكون مشتريا بالقيمة وهى مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فتمكن شبهة الخيانة وأنه مانع من بيع المرابحة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العوض فاشتراه به أو اشتراه به وبربح درهم صح وصورته أن يشترى رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان بائع العبد ملك الثوب من آخر فاشترى العبد باع العبد من الذى ملك الثوب بذلك الثوب وبربح درهم أو قفيز حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب وبربح درهم أو قفيز حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح ده يازده وهو مالك ذلك العوض لا يجوز لانه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرك بالحزر والظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ وهو ربح ده يازده انما يستعمل فيما اذا قام له السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذى اشترى السلعة به والثمن هنا وهو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصير حينئذ بائعا العبد بذلك الثوب وبجزء من أحد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون بائعا بالثوب وببعض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا لو باع العبد ممن لا يملك الثوب بربح ده يازده لا يجوز ومعنى قولنا بربح ده يازده أى بربح مقدار درهم على

(و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار ولان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخوانه يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان (و يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كى لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين والمعنى و بخلاف أجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

بالعبد و ببعض قيمته *(ومن فروع ذلك)* اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد و باعه بربح درهم فالعشرة مثل مانقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لان الثمن الاول يتعين فى العقد الثانى والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازد فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفى المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح و رأس المال على نقد بلخ الان يصدقه المشترى انه نقد نيسابور أو تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور فى الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعتبر فى المرابحة ماوقع العقد الاول عليه دون مادفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) اسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام) برا أو بحرا (لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد فى المبيع أو فى القيمة يلحق به) أى برأس المال (وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخوانه) من الطراز والفتل (يزيد فى العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد فى القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال فى الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى فى بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ماذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعى والبيت للحفظ لانه لا يزيد فى العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أى فى المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة فى المالية ولا يخفى مافيه اذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمتنع نسبته الى التعليم كما لا تمتنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليم الى أنه ليس فيه عرف قال

عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهما وان كان عشرين كان الربح درهمين وان كان الربح ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم فتسمية ربح ده يازده تقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشئ يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز و يزيد ماذكرنا وضوحا مسئلة وهى أن من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقبضه ثم باعه مرابحة عليها بربح مائة درهم فان المائة الربح تكون من نقد البلد لا من جنس الثمن ولو باعه مرابحة بربح ده يازده فان الربح يكون من النخبة لا من نقد البلد ثبت أن هذا اللفظ يقتضى أن يكون الربح من جنسه (قوله وسوق الغنم بمنزلة الحمل) لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف أجر الراعى لانه يستحق الاجر باعتبار الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين ولا فى المعنى أى فى المالية و بخلاف أجرة

و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار لان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد فى ذلك فالصبغ واخواته تزيد فى العين والحمل تزيد فى القيمة لانها تختلف باختلاف المكان فيلحق به و يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كى لا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا أبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين ولا فى القيمة و بخلاف أجرة التعليم فاذا أنفق على عبده فى تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة فى المالية باعتبار معنى فى المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما أنفق على المعلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان

فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما) لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابى يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلابد من البناء على الاول

وكذا فى تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف فى النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار فى ظاهر الرواية وفى جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة فى العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها فى الدواب وتضم الثياب فى الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما انفق ويضم الباقى وتضم أجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر فى الدار والقناة فى الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقى الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيأ منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) اما باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشترى هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه فى دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) وان اطلع عليها فى التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية وهو قول الشافعى (وقال محمد يخير فيهما) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ولاخبار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق الانعقاد به انما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبفواته) يظهر أن الثمن ليس ذلك (يتخير ولابى يوسف أن الاصل فيه) أى فى عقد المرابحة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار

التعليم فانه اذا أنفق على عبده فى تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية وأجر تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالحاقه كان له أن يلحقه لان زيادة المالية باعتبار معنى فى المتعلم وان كان لابد من التعليم الا أن التعليم آخر الامرين وجودا وأنه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم وأجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة فى العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة فأكثر المشايخ على أنها لا تضم ومنهم من قال تضم والباج الذى يؤخذ فى الطريق لا يلحق برأس المال قال زفر رحمه الله ولو كان فى موضع جرت العادة فيما بين التجار بالحاقه برأس المال يلحق به أيضا وفى المبسوط وفى الحاق شئ برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل بيده من قصارة أو خياطة أو ما أشبه ذلك من الاعمال لا يضمه الى رأس المال رجل اشترى دجاجة وقبضها فباضت عنده ثلاثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم أراد أن يبيع الدجاجة مرابحة ان أنفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات جاز لانه جعل ثمن البيضة عوضا عما أنفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل فى جنس هذه المسائل أن يقدر ما أصاب من الزيادة اذا أنفق من ماله لا يلزمه بيان ذلك فى بيع المرابحة كذا فى المحيط (قوله فيكون وصفا مرغوبا فيه) لوجود

(فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) اما بالبينة أو باقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبى حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية (وقال محمد يخير فيهما) لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابى يوسف أن الاصل فى هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المرابحة والتولية فلابد من بناء العقد الثانى على الاول فيحط الخيانة فى الفصلين جميعا غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفى المرابحة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة

وذلك

وذلك بالحط غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح ولابى حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة فى الفصلين لهما ان العقد الثانى

أنه تولية ومرابحة عليه (وذلك بالحط غير أنه يحط فى التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفى المرابحة يحطه منه ومن الربح) على نسبته حتى لو رابح فى ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسه وهو درهم (ولابى حنيفة) فى الفرق بينهما كما قال أبو يوسف فى التوليه وهو (أنه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر (و) أما (فى المرابحة لو لم يحط) لا تخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشترى (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يرده) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط) وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبى يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله فى الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الاصول أنه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشترى بناء على أصله فى مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشترى ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذى باعه منه بمثل ما باعه (فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة) الا أن يبين (هذا عند أبى حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) وهو قول الشافعى ومالك رحمهم الله (صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح عن هذه العشرة التى اشتراه بها منه الخمسة التى ربحها (فيبيعه مرابحة) على خمسه (ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه) ممن باعه منه (بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا) الا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرابحة على) الثمن الاخير وهو (عشرة فى الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثانى) وان كان من

الامن عن الغبن (قوله منه ومن الربح) بيانه فيمن ابتاع ثوبا بعشرة مثلا على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما وكذا لو اشترى ثوبا بعشرة وقال اشتريته باثنى عشر وباعه بربح درهم فعنده يحط درهمان من رأس المال وسدس درهم من الربح (قوله يلزمه جميع الثمن) فى الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد رحمه الله وعن محمد رحمه الله أن المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على

ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما (ولابى حنيفة انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يرده أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ فى بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة) لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشترى ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهره احترازا عما روى عن محمد فى غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشترى قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح) الكلام فى وضع هذه المسئلة

وصورتها ظاهر وانما الكلام فى دليلها (قالا العقد الثانى

عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتري مشتريه
(وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) الحاصل بالعقد الاول ثابتة (بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط) بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه
من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق
قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكدما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض وأجيب بان التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فبحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث

عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى

كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله والا لم تجز المرابحة أصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كما لو تخلل ثالث) بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين (ولابي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بان يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لان الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة ولذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة) لان الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لانه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بان التأكيد انما حصل به شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع ولذا اذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لو رضيا به وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة وأجيب بانه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الوكالة الا في عقد يجري فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لانه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم

البائع بثمن سلمه اليه بناء على أصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف (قوله منقطع الاحكام عن الاول) لان الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة في العقد الثاني (قوله كما اذا تخلل ثالث) يعني اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول ثم اشترى منه البائع الاول (قوله لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط) بأن يجد المشتري بالثوب عيبا فيرده ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الربح وبالشراء ثانيا وقع الامن على البطلان فالمستفاد بالشراء الثاني الثوب وتأكد الربح الاول وللتأكيد شبه بالايجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المرابحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة ألا ترى أنه لو كان على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبعه مرابحة على عشرة لان مبنى الصلح على الحط والمسامحة ولو وجد حقيقة الحط لم يبعه مرابحة على عشرة فكذا اذا وجد شبهته فصار في الفصل الاول كانه اشترى في العقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة وفي الفصل الثاني كانه اشتراه وعشرة بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على هذا ينبغي أن يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا لانا نقول ان الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن الثاني حقيقة وانما تثبت له شبهة المقابلة من حيث ان للتأكيد شبها بالايجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المرابحة ولا تكفي لافساد العقد لان المنع في بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا رضي به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما اذا وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه ممنوع في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ولو سلم فنقول بالبيع الثاني وان كان يتأكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وأنه أيضا ليس معنى يزاد الثمن لاجله بخلاف ما اذا اشتراه بثمن مؤجل ثم باعه مرابحة بثمن حال لانه معنى يزاد في الثمن لاجله وبخلاف ما اذا تخلل ثالث لان الربح تأكد بملك الثالث لا بشرائه وبخلاف ما اذا اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف ثم اشتراه بعشرة له أن يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الوصيف ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة أو لانه لا يتمكن فيه شبهة الربا (قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته) وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاه شيأ فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيأ لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لانه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيأ صح البيع ولكن فيه شبهة العدم أيضا فلا يبيعه المولى مرابحة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين محيط برقبته مع أنه أجنبي عن كسبه فلان لا يجوز وعليه دين محيط بماله دون رقبته أولى فظهر أنه انما قيد بقوله وعليه دين محيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاولى (قوله لجوازه مع المنافي) ذكر الامام قاضيخان رحمه الله في تعليل هذه المسئلة لان بيع المولى من عبده المأذون المديون والمكاتب

(قوله شبهة حصول الربح الحاصل الى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لانه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيجيء نظيره في كتاب الاكراه

خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لان في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي

اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الامن من البطلان به فلم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهنا بخلافه (قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه) أي المولى (يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لان في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كانه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر انه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين

لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة قال (واذا اشترى العبد المأذون) واذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له أن يقضي الدين وينفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه

فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من

(فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد (الاول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول) وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه لاجل المولى في الفصل الثاني) وهو ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وبيانه ان المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الا على الثمن الذي قام على البائع الأثم ما خالفاه في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كانه للآخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه أجنبي من كسبه فلان لا يربح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بالف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لزفر لكنا أجزناه (لما فيه من) فائدة

وبيعهما من المولى وان كان جائزا له شبهة العدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى أن يمنع كسب العبد لنفسه ويقضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز ورد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول (قوله في الفصل الاول) وهو ما اذا باعه العبد من مولاه والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده (قوله خلافا لزفر رحمه الله) فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح (قوله لما فيه من استفادة ولاية التصرف) لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد المولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا افاد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر (فيه شبهة العدم) وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه اذا جمع

(قوله وانما قيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيده لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذ لا مدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة الا على الثمن الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تامل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت تعليله فطالع غاية البيان

استفادة

استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله

(استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعدما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتدبره فيه جائز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدما في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا يتهم فيه ولو اشترى سلعة فاقتسماها فاراد وحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني العددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرابحة ولا يبين) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لان الاوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لانها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا لو فاتت قبل التسليم) الى المشتري بعد العقد (لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الاول) وهو ما اذا اعورت الجارية (انه لا يبيع) مرابحة (من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله

فيه فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله لو صار مال المضاربة جارية ليس لرب المال أن يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف ألا ترى أن رب المال لا يملك بيعها وأحاله الى الايضاح (قوله والانعقاد يتبع الفائدة) ألا ترى أنه اذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لفائدة استفادة ولاية التصرف (قوله ففيه شبهة العدم) لما قال زفر رحمه الله أن البيع تمليك المال بالمال وأنه معدوم ههنا (قوله ألا ترى أنه وكيل عنه) هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب لما كان وكيلا عنه وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصار بيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فلما درهمان ونصف فحق المضارب في أصل الثمن فلهذا يبيعه مرابحة على اثني عشر ونصف (قوله وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن) فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء اذا قصد اتلافه كان له قسط

بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله ألا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما أن يردها مع العقر أو بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الاول) أي في صورة الاعورار (من غير بيان) كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد

(فأما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة

(وأما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي) بامر المشترى أو بغير أمره (فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) والتقييد بفقء المشترى والاجنبي احتراز عما لو فقأت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشترى حابسا شيئا وأخذ الارش ليس بقيد بل اذا عورها الاجنبي لا يرابح الا ببيان لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا (انه صار مقصودا بالاتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) ومن هذا (لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار أو حرق نار) أو طعاما فتغير (يبيعه مرابحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت ايهام للمشترى أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائه ابه مع زيادة ربح اظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم شراؤها الا بقيمتها كي لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريراله وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك اذا نقصه العيب شيأ يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ الزام قوي واستشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن المشترى باجل فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان أجيب بان الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشترى بالوطء حابسا جزأ من المبيع عنده وأجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشترى الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشترى أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطء * (فروع) * لو أصاب

من الثمن ولهذا لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يتمكن من الرد وان كانت هي ثيبا وذلك باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشترى قلنا المانع من الرد بالعيب بعد الوطء غير ما ذكرت وهو أنه ان ردها مع العقر يلزم الفسخ في شيء لم يرد عليه العقد وهو العقر وان ردها بدون العقر يلزم سلامة وطئها عن العوض بخلاف الهبة فان وطء الموهوب له لا يمنع رجوع الواهب لانه يجوز أن يسلم له وطئها بلا عوض كما سلم الجارية بلا عوض ولا يلزم على هذا سلامة خدمة الجارية للمشترى بعد الفسخ لان الخدمة شيء لا بد منها فلو كان استيفاء الخدمة يمنع الرد بالعيب لانسد باب الرد بالعيب ولا يجوز أن يفسخ البيع ويسلم للمشترى أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطء وبيع المرابحة انما يمتنع جوازه من غير بيان اما بالخيانة في الثمن أو باحتباس شيء من المبيع (قوله فاصابه قرض فار) في الفوائد الظهيرية والقرض بقاء معجمة من فوقها بواحدة نص على هذا صدر

(وأما اذا فقأعينها) راجع الى أول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا فقأ المشترى عينها (بنفسه أو فقأها أجنبي) سواء كان بامر المشترى أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف أما اذا كان بامر المشترى فلانه كفعل المشترى بنفسه وأما اذا كان بغير أمره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا لجزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فأخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا ان وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان (لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (فلابد من البيان (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز أن (يبيعه مرابحة من غير بيان) لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة) بلا بيان لانه صار مقصودا

حتى

حتى يبين) والمعنى ما بيناه قال (ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشترى فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شبها بالمبيع ألا يرى أنه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة) لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء

من غلة الدار أو الدابة شيأ رابح بلا بيان لان الغلة ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فانه اذا رابح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام علي بكذا وتقدم أنه اذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمنه في غير السرف ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيأ من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يرابح الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة أو تولية أو وضيعة فالثمن بينهما أثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشترى والموهوب و بيعهم في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبنى على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشترى مرابحة فانه يحط ذلك من المشترى الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله ان الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فان له ان يرابح على كل الثمن ويوليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بالف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة بالالف (فعلم المشترى) بذلك (فله الخيار (ان شاء رده وان شاء قبل) بالالف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شبها بالمبيع ألا يرى أنه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) بهما على وجه المرابحة وهذه خيانة فيما اذا كانا مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة (فاذا ظهرت يخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بالف ومائة حالة لان الاجل لا يقابله شيء) حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه اياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشترى قبل الهلاك يعني يثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو

الاسلام أبو اليسر رحمه الله (قوله والمعنى ما بينا) أما في فرض فار فلما ذكر في الاعورار أن الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن وأما في حق تكسر الثوب بنشره فلما ذكر في فقء العين أنه صار مقصودا بالاتلاف (قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن) أي حقيقة أما شبهة المقابلة فثابتة ولهذا يزاد في الثمن لاجل الاجل فاعتبر الاجل مالا في المرابحة حتى اشترط بيان الاجل احترازا عن شبهة الخيانة ولم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط فان لم يصبه عيب لكنه أصاب من غلة الدار أو الدابة أو الخادم شيأ فله أن يبيع المشترى مرابحة على ثمنه لان الغلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيأ من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة

بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه اشارة الى هذين الدليلين قال (ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشترى (فعلم المشترى فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع) فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين وأجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاه اياه) يعني أن التولية كالمرابحة فيما اذا علم المشترى انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشترى الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان

(قوله وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول في الاشارة خفاء

(ولن) كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (١٣٤) (لزمه بالفحالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظيرما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد فى مسائل) منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد أنه قال للمشترى أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله فى التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البلخى (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد لكنه منجم) معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة أو منجما قيل لابد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه الخ) اذا قال وليتك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشترى بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع فى المجلس) صح البيع ويخير المشترى (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل

على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالفحالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظيره اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد ولكنه منجم معتاد قيل لابد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعنى فى المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم فى المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية

فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فيـ(ـما اذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوفا) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) ان شاء الله تعالى فى مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لابد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن) ما كان الا (حالا) فى العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم ينقده الى شهر مطلا فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعنى فى المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان فى صلب العقد لكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بمضى المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع فى أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أى بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن فى تحقق الفساد موقوفا الى آخره فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذى سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم فى المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما فى خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية

بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنعه من بيعها مرابحة فكذا بدلها وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال من المنفعة واذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيأ من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبازائه ما يجبره وهو الولد ففى مثل هذا النقصان له أن يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان أولى فان استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلك جزأ من عينها لم يبعها مرابحة من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك ألبان الغنم وأصوافها وسمونها اذا أصاب من ذلك شيأ فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب ههنا لان ما أصاب حكم جزء من عينها وعند الشافعى رحمه الله له أن يبيعها مرابحة بناء على مذهبه أن الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهى بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وان كان أنفق عليها ما يساوى ذلك فى علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن (قوله فلا يقبل الاصلاح) لان جهالة الثمن فساد فى صلب العقد الا أنه فى مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصار التأخير الى آخر المجلس عفوا

١٣٥

الاصلاح ونظيره البيع بالرقم فى صحته بالبيان فى المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه وأما خيار المشترى فللخلل فى الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان فى معنى خيار الرؤية فألحق به *(فصل)* وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها فى باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية قال (ومن اشترى شيأ مما ينقل) نقلا حسيا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسره بذلك لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله فى تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفى رواية حتى يستوفيه

(فصل ومن اشترى مما ينقل) (قوله احتراز عن المدبر) أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا

(فصل ومن اشترى شيأ مما ينقل) ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

فعند وجودها يتخير *(فروع)* اشترى ثوبا ليس له أن يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه وثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح الا على ما بقى ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهلك كان له أن يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقالة له أن يرابح على الثمن الذى كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيأ بغبن فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يرابح عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح فى رواية وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا التهمة الحطيطة فاذا تيقن انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا مكيلا جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له أن يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا ما قدمناه من أنه يقول قيمة هذا ألف أو رقم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر فى الرقم بلا بد من ثمنه أما لو أسلم فى ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبى حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام أو كل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعنى الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يرابح فى نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

(فصل) (قوله ومن اشترى شيأ مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمدا يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع

كتأخير القبول فان القبول فى آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات وكذا العلم الحاصل فى آخر المجلس كالعلم الحاصل فى أوله فصح على تقدير الابتداء فأما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد وأسقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر أو لانه ليس فى صلب العقد وهذا فى صلب العقد

(فصل) (قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض) وهو أن النبى عليه السلام قال لعتاب بن

فان تخصيص الطعام بدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شئ مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن
مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت

ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك

التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شئ مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت أن أضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحالك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيأ حتى تقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لابي حنيفة يذكر هنالك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غرر انفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها و بدل الخلع للزوج والعتق على مال و بدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائزا اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه وقد ألحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه و رهنه من غير بائعه فلا يجوز شئ من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل قبضها اذا كانت عينا أولى فصار الاصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة و بدل

أسيد حين بعثه الى مكة أميرا سر الى أهل بيت الله تعالى وانههم عن أربع بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرط في بيع وعن بيع وسلف (قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك) لانه اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع وعاد الى قديم ملك البائع فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبض يتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه وقبل القبض لا يدري أيتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه أم ينفسخ فيصير بائعا ملك غيره فلا يصح فتمكن فيه غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه لا يتمكن فيه هذا الغرر لانه متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك أو قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعا ملك غيره بخلاف

زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت أن أضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى (قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد) استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى (ويجوز

(قوله فان تخصيص الطعام بدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن الخصم ينازع في كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله معروفا بين الصحابة) أقول فيه تأمل

عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق أصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به و يجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا

(و يجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه

الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شئ من ذلك ولان يشرك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا و بدل الخلع والعتق على مال و بدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال أطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضا هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا في حق اطلاق التصرف وأما أعتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بان الغرر في المبيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثير ان بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيترادان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله و يجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيأ حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وله نهى عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار بربح يلزم ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به

ما نحن فيه

الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا علك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عاد

 له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان

(قوله وأجيب بان عدم جوازه الخ) أقول الاعتراض كان متوجها على الدليل المعقول لا على الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب (قوله فلم يلحق به) أقول أي بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أي عمومه قال المصنف (ولهما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدل محمد بانه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح ما لم يضمن وهو منهي فاجوابهما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بانه) أقول المجيب هو الاتقاني وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بانه في قوله وأجيب بانه راجع الى الرد

الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه (١٣٨) سلمنا انه نهي عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشي لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا واعلم اني أذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روى أنه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلوا ما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز

ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به (معلول به) أي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح وأورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك أن تملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف الا أن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب أن التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان أبدا وذوات القيم مبيعة أبدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة أو بالاعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل أن البيع متى

(قوله والحديث معلول به) قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وأنه عام قلنا الحديث دخله خصوص فبيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما أنه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا والاجارة

(قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة ما لم يقبض يتناول العقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول
(قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تامل اذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روى مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان مخصص الادلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا نسلم مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة الخ) اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف (١٣٩) فذلك على أربعة أقسام اشترى مكايلة وباع مكايلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكايلة وباع مجازفة أو بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه

قال المصنف (والاجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول قال العلامة الكاكي في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع والا فلا وفي الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها الذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أورد عليه اشكالا انه اذا أجر المستاجر قبل القبض يجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البزازي وأنت خبير بان العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الآلتين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تاييد للاشكال لا جواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب

انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي (قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة) أي اشتراه على كذا كيلا أو رطلا (فاكتاله أو اتزنه) لنفسه (ثم باعه مكايلة أو موازنة) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري) روي من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلفظه من حديث أبي هريرة وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجرمي حدثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن أبي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان أخريان عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثير أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع اذ عسى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما

فخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على أنه يتناول المتنازع القبض اذ لا يتاتى فيه الحقيقي لانه يكون بالنقل فتكون المسئلة مبنية على الاختلاف في غصب العقار (قوله والاجارة قيل على هذا الاختلاف) أي لا يجوز للمشتري أن يؤاجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز والاصح أن الاجارة لا تصح اتفاقا وعليه الفتوى لان الاجارة تمليك المنافع والمنافع كالمنقول في احتمال الهلاك (قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة) قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا أو موزونا بهبة أو ميراث أو وصية جاز له التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذكر في الايضاح اذا قبض الكر وهو ثمن ثم باعه قبل الكيل جاز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكايلة أو موازنة لانه اذا باع المكيل أو الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع أو بالاكل وغيرهما (قوله لم يجز للمشتري منه) أي للمشتري الثاني من المشتري الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الاول وانما وضع المسئلة فيما اذا باعه المشتري الذي اكتاله ليشير به الى أن تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كيل مرة قبل شرائه أو بعد شرائه بغيبته (قوله حتى يعيد الكيل) أي بعد شرائه ولا يكتفي بكيل بائعه حيث اشترى بائعه ولا

قال المصنف (لان الزيادة له) واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة وأجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة أقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع بمجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري ويجوز أن يجعل من باب العرض ومعنا ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والتقى

التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان

أشبههما والحقوا بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معاددة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فاولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة فيقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في أن ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة أما اذا اشتراه مجازفة ببيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة له) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بان ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة أما لو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على انها كر ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه

يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري

فيما يبيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة وأجيب بان التفصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في الجزاف معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى أنه لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية

احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في باب السلم أن من أسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب المال بقبضه لم يكن قبضا وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم أن في كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه أن المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفقتان كما في أول المسئلة وما سيأتي في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ولو ثبت أن وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك منقطعا جاريا على القوانين لكن لم أظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قدمر أنه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع مذارعة وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة ألا ترى أن من اشترى جوزا على أنها ألف فوجدها ألفا كيف لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله

بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)

(بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغيبة المشتري) وغيبة وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المامور به بتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وأمر رب السلم بقبضه قضاء عن سلمه فان في ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

مرة يكتفي به (قوله وهو الشرط) أي الشرط كيل البائع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان المبيع يتناول ما يحويه الكيل أو الوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فالم يكل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان أصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا أيضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا أو وزنا من تمام القبض لان القدر معقود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن حصة ما نقص والقبض غير مغن لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة اذ المبيع وقع على المشار اليه لا على مقدار بعينه وتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام فاكتاله ثم باعه مجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري (قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم) وهو ما اذا اشترى المسلم اليه من رجل كرا

شيا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن) اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد

على المبيع شيأ أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ

(قوله لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود) أقول فيكون الدليل أخص من المدعى

لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك أيضا في المبيع الا أنه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال اذا أخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وأنا أهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للاثر انه لم يكن يقتضي أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسنذكر شرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) باصل العقد (بل) الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن متى رده يرتد وجه قولهما أن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما

وأمر رب السلم بقبضه فانه لا يصلح الا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل أحدهما شراء المسلم اليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فيجتمع صفقتان (قوله ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) يعني استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفي الاصل والزيادة واذا أوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع أن يمتنع من

قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق باصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه) أي اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشئ أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشئ يقوم بذلك الشئ لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل باصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض باصل العقد

وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر وليتك هذا الشئ وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه أيضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والحط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من

فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير

بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحويله من عدم اللزوم الى اللزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعيده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر أو خاسرا الى رابح والى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق باصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشئ يقوم به بخلاف ما لو حط الكل لانه تبديل لاصله اذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة الى عقد التبرع فلا يلحق به واذا

تسليم الزيادة (قوله فلا يمكن اخراجه) يعني لما قوبل كل الثمن بهذا المجموع فلو أخرج بقي بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن أن يجعل الباقي في مقابلة الكل لانتفاء العقد الجديد (قوله أو شرطاه بعد العقد) بان عقدا عقدا ثم شرط الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم الى غيره فان قيل الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شأنه يثبت ثم يستند وقد تعذر ههنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه قلنا ينفسخ العقد في حق تصحيح الزيادة (قوله بخلاف حط الكل) لانه تبديل لاصله أي لاصل العقد لانه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق باصل العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغيير العقد من وصف

كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بان قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حططت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الابراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكتابين المذكورين فراجعهما فانه مهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشئ يقوم بذلك الشئ) أقول وعندي أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا أو رابحا أو عدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقي التحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول يعني بطريق الالتحاق والا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والا لم يكن بيعا (قوله لانه اما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق حط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من المقتضي أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفريع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال (١٤٤) مقدر تقدير لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت

لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر على الباقى فى الحط وفى الشفعة حتى يأخذ بما بقى فى الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط

ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرا (ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة فيجوز) المرابحة (على الكل) من الاصل والزائد ويجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا الا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد فى المرابحة والتولية (على الباقى) بعد الحط (و) كذا (فى الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقى) فقط فان قيل لو التحقا لزم أن يأخذها الشفيع فى صورة الزيادة بالمجموع من الاصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) فى صورة الزيادة (بدون الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضى الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك فى الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعنى ان شرطها قيام المبيع فى ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكما بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل فى المغصوب ذلك وكذا الزيادة فى المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فاخذ المشترى ارشه حيث تثبت الزيادة فى كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا بد أن يثبت أولا فى الحال ثم يستند وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن فى غير رواية الاصول عن أبى حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفى المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبى وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبى أو صالح مع الاجنبى من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبى شيئا بمقابلته هذا فى زيادة الثمن فاما الزيادة فى المبيع ففى جمع التفاريق تجوز الزيادة فى المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر فى المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط)

مشروع الى وصف غير مشروع (قوله وعلى اعتبار الالتحاق) جواب عن قول زفر والشافعى رحمهما الله (قوله ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع) يعنى الزيادة فى الثمن وفى البقالى وأما الزيادة فى المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة فى الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم وفى الايضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت فى يده فزاد البائع للمشترى جارية أخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشترى للبائع لم يجز لان الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك ومن أصل محمد رحمه الله أن هلاك المبيع يمنع الزيادة فى الثمن ولو أعتق أو كاتب أو دبر أو استولد أو مات أو قتل أو وهب أو باع أو طحن أو نسج أو تخمر أو أسلم مشترى الخمر لا

في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفى الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قائما وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة فى الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون فى موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديرا وتجعل الزيادة تغييرا كما يجعل قائما اذا اطلع المشترى على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد فى حقه فائدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى والزيادة فى المبيع جائزة لانها تثبت فى مقابلة الثمن وهو قائم و يكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت لانه

(قوله والزيادة فى المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

قبل القبض سقط بحصتها شئ من الثمن قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله باجل معلوم) اذا باع (١٤٥) شيا بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن

لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه ألا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما فى الاعارة

فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البدل) أى الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعى وكذا قوله فى كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتأجيل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالا ليس الا وعدا بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه) وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام فى أنه يلزم التأخير شرعا اذا أخر وقوله (ألا ترى) الى آخره يستدل به مستقلا فى المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا (ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجئ المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) يسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط فى عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل فى ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار فى ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فاجل ورثته صرح قاضيخان بانه لا يصح كما لو أجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغى أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة فى لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ ووجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة فى الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الالف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبى) والعبد والمكاتب (ومعاوضة فى الانتهاء) لانه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو أعاره المتاع الى شهر كان

تصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بهما (قوله لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله) فان الهالك لا قيمة له فاخراج البدل عما يقابله ملائم له ولا كذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع (قوله وقد ذكرناه) أى وقد ذكرنا أن الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وفى تأجيل الدين كما فى الحصاد والدياس بخلاف الجهالة فى البيع الى أجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة (قوله من قبل) أى فى آخر باب البيع الفاسد (قوله صار مؤجلا) لما ذكرنا وهو قوله لان الثمن حقه (قوله الا القرض فان تأجيله لا يصح) أى لا يلزم أى لمن أجل ابطاله كما فى العوارى واعلم أن القرض مال يقطعه من أمواله فيعطيه وما ثبت عليه دينا فليس بقرض والدين يشمل ما وجب فى ذمته دينا بعقد أو استهلاك وما صار دينا فى ذمته باستقراضه فهو أعم من القرض وقال مالك رحمه

يكون الاجل معلوما أو مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعى لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل اثبات براءة مؤقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقتة أولى وان كان الثانى فلا يخلو اما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة فان كان الاول كما اذا أجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثانى كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط فى عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا (لما ذكرنا) انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض فى الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة (ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء) لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) اى لا يلزم التأجيل فيه كما فى الاعارة

إذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه وأجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض (بما اذا أوصى بان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فانه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه) الى سنة وأجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية مالا يلزم في غيرها ألا ترى انه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي والله أعلم *(باب الربا)* لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين (١٤٦) آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من كتاب

البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيأ في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال أو يوزن اذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه

إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى ان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله تعالى أعلم

(باب الربا)

قال (الربا محرم في مكيل أو موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا)

له ان يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضا (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا) ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيأ كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما تلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعاره عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لان باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظرا له فضلا من الله ورحمة وللرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية والله تعالى أعلم

(باب الربا)

هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا أن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر

الله التأجيل في القرض لازم لانه صار دينا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون

(باب الربا)

الربا محرم في كل مكيل أي حكم الربا وهو الحرمة والربا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا يربو على هذا أي يفضل قال الله تعالى وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول ما في حيز أن عليه وتصحيح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيرا للمقدر قبل أن والله أعلم *(باب الربا)* (قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الابواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لان كون أكثر الابواب مأمورا بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السغناقي في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل

فالعلة (فالعلة) أي علة وجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر (والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم وروي (١٤٧) بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلا بمثل والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبتين منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديئها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح أجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال وروي بروايتين بالرفع مثل

قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدري ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لانه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان في قوله الربا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما الا انه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا أو لا فائدة فيه بتقدير اثباته فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمته فيكون لفظ الربا مجازا أو على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربا مرادا به الزيادة مبتدأ والجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتبا بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل العد والذرع وليسا من أموال الربا أي علة تحريم الزيادة كونه مكيلا مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضا من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلا بمثل وأما روايته مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد

لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال وهو محرم في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربا وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسا من العقوبات احداها التخبط والثاني المحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهاية حرمته لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان يمحق الله الربا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون (قوله وهو أشمل) أي القدر

عينا بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على الآخر حرام

قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذروع والمعدود وليسا من أموال الربا انتهى ويمكن ان يقال الالف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن (قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الحنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزنا بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

و بالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثانى بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ماذكرناه وعند الشافعى رحمه الله الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة

وأما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز فى بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعنى حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول باجماع القائسين) أى القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتى فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس وأما عثمان البتى فلأنه يشترط فى القياس أن يقوم دليل فى كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما فى قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام فى قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتى عند الشافعى دليل وسنقيم عليه الدليل وأما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضا مأثور عن قتادة وطاوس قيل فانخرم قوله باجماع القائسين (قوله لكن العلة عندنا ماذكرناه) يعنى القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وباحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل كما سيأتى (وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهى) أعنى الحرمة (الاصل) وعند مالك العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا ومالا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البر وذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو فى حكمها فيلحق الابازير وما فى معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهى كونهما قيم الاشياء وأصول الاثمان وقال الشافعى فى القديم العلة الطعم مع الكيل أو الوزن وفى الجديد هى الطعم فقط فى الاربعة والثمنية فى النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدى الى الفلوس الرائجة وجه والصحيح أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد فى رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا

لانه يتناول الكيل والوزن والاصل فيه أى فى كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على أربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألفاظهم وأنه معلول باجماع القائسين خلافا لاصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة فقصروا حكم الربا على الاشياء الستة (قوله والجنسية شرط) أى شرط لتعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان عنده الا عند وجود الجنسية ولا أثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لو أسلم ثوبا هرويا فى ثوب هروى جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود شرطها الا أن الشرط يعمل شيأ من العمل عند عدم العلة (قوله لانه نص على الشرطين) أى الشارع نص على الشرطين التقابض والتماثل لانه قال يدا بيد مثلا بمثل أى قابضا يدا بيد ومماثلا بمماثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو بيعوا ورواية الرفع فى هذا المعنى أيضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كما فى قوله ان دخلت الدار راكبة فانت طالق

(والحكم معلول باجماع القائسين) احترازعن قول داود من المتأخرين وعثمان البتى من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ماذكرنا) من القدر والجنس (وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها أثر فى تحريم النساء فلو أسلم هرويا فى هروى جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفى العلة وسيأتى (والمساواة مخلص)

(قوله وحينئذ لا يكون لها أثر فى تحريم النساء) أقول ضمير لها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

وكل

وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التى هى مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية فى ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوقه

لم يحل الجنس بانفراده يحرم نساء وعلى الجديد يحرم الربا فى الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا تبيعوا الطعام الى آخره فافاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هى الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضى تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوصة ولو أخذنا فى استنباط علته أدانا الى هذه العلة أيضا ووجهه أنه نص على شرطى التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح) فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفى الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التى بها يتوصل الى تحصيل العروض التى بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (فى ذلك) أى فى اظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط) كالرجم مع الاحصان (ولنا أنه) أى النص المشهور (أوجب التماثل شرطا للبيع) وايجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا أى بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين أن الاباحة فى بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هى الاصل وقوله لا

(قوله وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر) أى جواز بيع هذه الاموال بشرطى التقابض والتماثل يشعر بان موجبهما وصف فى المحل ينبئ عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه متى يقيد طريق اصابته بشرط زائد يعظم خطره فى أعين المتملكين كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشهود وولى دون سائر المعاملات دل على أن المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعلل بعلة تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم والثمنية (قوله والثمنية لبقاء الاموال التى هى مناط المصالح) اذ الاموال انما تبقى أموالا ما دامت لها أثمان لان ما لا يبذل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء الانفس بوصف أنها مأكولة أو وسيلة اليه (قوله ولا أثر للجنسية والقدر فى زيادة العزة والخطر) لثبوتهما فى خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرط الا علة (قوله والحكم قد يدور مع الشرط) جواب شبهة ترد على قول الشافعى رحمه الله وهى أن حكم الربا كما يدور مع الطعم والثمنية على أصلك فكذا يدور مع الجنسية فلم جعلت الطعم والثمنية علة دون الجنسية فاجاب بانه لا أثر للجنسية فى زيادة الخطر والحكم قد يدور مع الشرط كما يدور مع العلة كالرجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتاثير وعدمه ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام عند بيان حكم الربا ذكر الاثمان وأنفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبر أفضل طعام بنى آدم والشعير أنفس علف الدواب والتمر أنفس الفواكه والملح أنفس التوابل ليشعر بان العلة هى الطعم ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكرارا محضا اذ صفة القدر لا يختلف فى هذه الاربعة ولهذا قال مالك رحمه الله ان العلة الاقتيات والادخار لانه خص بالذكر كل مقتات ومدخر (قوله ولنا أنه أوجب المماثلة) أى الشارع أوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوق الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل والباء للالصاق فدل على اضمار فعل وذا بيعوا لقوله عليه الصلاة والسلام بعده فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم فذكره عند الاختلاف دليل على أنه المضمر عند الاتفاق وقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء اذ النهى عن الشئ أمر بضده وقوله مثلا بمثل حال لما سبق والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر للايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال التى هى

يتخلص بها عن الحرمة لانه أى الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا فى رواية النصب وفى رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أى كل من الشرطين (يشعر بالعزة والخطر كالشهادة فى النكاح) فاذا كان عزيزا خطيرا (يعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم) فى المطعومات (لبقاء الانسان به والثمنية فى الاثمان لبقاء الاموال التى هى مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية فى ذلك) أى فى اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير وللطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به (ولنا ان الحديث أوجب المماثلة شرطا فى البيع) بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحتماله معان ثلاثة

(لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيع الفضل مافيه الفضل (أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به) أى بالمماثل يعنى ان فى النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو (١٥٠) ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين

تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

تبيعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهى الى مابعد الا نحو ماجاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن فى ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعى شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر فى كونه مستدعى العقد فسوى بينهما فى المماثلة عند اتحاد الجنس فى القدر ليتم معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لاموال الناس عن التوى) فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فاذا كان فضل فى أحدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فاقتضى صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل فى احدى الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة فى التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض

شرط أى بيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد فى النكاح (قوله تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل) لان البيع مبادلة المال بالمال وذا بالتماثل فى متحد الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوض مماثله اذ لو فضل أحد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تتحقق المعاوضة بل يكون استحقاقا لذلك القدر بلا عوض وقضية المعاوضة خلافه (قوله أو صيانة لاموال الناس عن التوى) اذ شرط الفضل متو للمال لانه يستحقه بلا منتوعوض والبيع شرع لتحصيله لا لاتوائه فيكون شرطا غير ملائم للبيع فيبطل (قوله أو تتميما للفائدة) أى لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فان فائدة البيع حصول الملك فى المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتمامه بملك التصرف وذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك فى وجوب المماثلة لان وجوب المماثلة يقتضى كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض تتم الفائدة فقلنا بوجوب المماثلة تتميما للفائدة وفى الكافى للعلامة النسفى وتتميما للفائدة التبايع بوجود التقابض اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف اذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والآخر يمتنع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان فى التنازع وهو فساد وما يفضى الى الفساد فهو فاسد نعم قد رضى به لكن ربما يندم لان طبعه لا ينقاد ظاهرا لكونه مجبولا على حب المال والمغبون غير ماجور ومحمود فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم وفى النهاية للعلامة السغناقى رحمه الله أو تتميما للفائدة باتصال التسليم بالتماثل يعنى فى الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المماثلة فكان تتميم الفائدة فيه باتصال السليم بالتماثل أى بعد كون كل واحد منهما مثلا للآخر يجب أن يتصل التسليم بالتماثل حتى تتم فائدة العقد ويحتمل أن يكون معناه عاما فى الاموال كلها أى لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا للآخر لا تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا فى حق أحد المتعاقدين ضررا فى حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعا فى حقهما فتكون الفائدة وهى ثبوت الملك أتم بعد القبض لانه يكون نفعا فى حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان أحدهما أنقص من الآخر (قوله ثم يلزم عند فوته) أى فوت الشرط

قدر الايبان المماثلة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا فى حق أحد المتعاقدين وضررا فى حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعا فى حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعا فى حقهما جميعا ولقائل أن يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه فى سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل فى الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها فى الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمته لا علته ليتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لان المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول انما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بان المراد والمماثلة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله لانها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تتميم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول انما يلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول اذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فان

بالحرمة ماهو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه فى التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة (قوله والمماثلة بين الشيئين) بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لان المماثلة بين الشيئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فان كيلا من بر يساوى كيلا من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول قد تبين ان المماثلة (١٥١) شرط لجواز البيع فى الربويات وعللتموها

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا أو لان فى اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل فى مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل أو الموزون

أيضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة فى الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوى المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه) أى فى العقد وعلمت أن الخلو فى المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) فى اثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) اما (لانه لا يعد تفاوتا عرفا) وفيه نظر (أو لان فى اعتبار سد باب البياعات) وهو الوجه لانه قلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء ان صح بعينه والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ماذكرنا وعند تامل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعى وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ماذكروا عندهم وعندنا هى قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة فى المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه اشتدادا تاما (والسبيل فى مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة الالهية جرت فى حق جنس الانسان

وهى المماثلة التى هى شرط الجواز حرمة الربا بالقوله عليه السلام والفضل ربا والفضل اسم لكل زيادة والربا اسم لزيادة هى حرام واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فعلل بعلة تؤثر فى الايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والثمنية لان وجوب المماثلة لا يكون الا فى محل قابل لها (قوله والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى) لان كل محدث موجود بصورته ومعناه فانما يقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوى فى المعيار فيحصل به المماثلة صورة والجنس عبارة عن التشاكل فى المعانى فيثبت به المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء وللاجماع فان بيع قفيز جيد بقفيز ردىء وفلس لا يجوز ولان مالا ينتفع به الا بهلاكه فمنفعته فى ذاته فيهدر الوصف اذ المقصود هى المنفعة وهى فى الذات بخلاف ما ينتفع به بغير اهلاكه لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا لقلته ولان اعتباره سد باب البيع وهو مفتوح فما يؤدى الى انسداده فهو مردود (قوله والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع) والسبيل فى مثلها الاطلاق والاباحة بابلغ الوجوه لشدة الحاجة

بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص أوجب المماثلة فى الاشياء الستة شرطا فاثبتناه فى غيرها لتعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهى بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه) أى فى العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فان استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا فى المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة فى المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا فى القيمة فى العرف (أو لان فى اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه والمراد البياعات فى الربويات لا مطلق البياعات لان فى اعتبار الجودة فى الربويات ليس سد باب مطلق البياعات (أو لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء) قال (والطعم والثمنية) جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك

الحرام ما ثبت بدليل قطعى والمكروه هو الثابت بظنى كالفرض والواجب ألا يرى الى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل ان يقول قد تبين أن المماثلة الى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فان المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها

بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا الا مثلا بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف

أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلأ للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على أنا نمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن مالكا فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عمه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للعوائج الاصلية فالحاقها به غير صحيح الا أنهم لما حصر والمعرف في الكيل والوزن أجاز وابيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فاجاز وابيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا ان الناس أهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقولوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفي جمع التفاريق قيل لا رواية في الحفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك

البها دون التضييق كالهواء والماء والنار اذا الحاجة تؤثر في الاباحة كالميتة تحل عند الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بما له أثر في الاطلاق لا في الحرمة فاسد لافضائه الى فساد الوضع وسياق النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر للكل حكما واحدا فلا بد أن تكون علة الحكم متحدة اذا الحكم المشترك لا بد له من علة مشتركة وذا فيما ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعني بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيت به أنه علة الربا فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل والموزون بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة وان عنيت به أنه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه قلنا هما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد أشرت الى ذلك لاني بينت أن الحديث أوجب للمساواة وانما يتصور وجوبها في محل يقبلها واذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لفوات حكم الامر وما أوجب أحد الضدين يقتضي نفي الضد الآخر اذا كان مفوتا له كالامر بالامساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب والوقاع لان الضد مفوت للمأمور به فثبت أن القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى

فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت أثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل) أي كيلا بكيل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردىء الا متماثلا

(ويجوز)

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لا مثلها فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه وأما اذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما (اذا تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال (فاذا عدم الوصفان) اذا ثبت أن علة الحرمة شيآن فاما أن يوجدا أو يعدما أو يوجد أحدهما دون الآخر فالاول لما تقدم والثاني يظهر عنده وحل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والاصل فيه الاباحة) يعني اذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما الا أن العدم يثبت شيأ فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا في هروي

(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروي

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له (قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه) وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدراهم أو الثوب الهروي بمرويين الى أجل والجوز بالبيض الى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنه اثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة (والاصل في البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل (واذا وجدا) أي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم) ثوبا (هرويا في ثوب هروي) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى أجل لوجود الجنسية

قولنا علة الربا القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربا أو علة كون المال ربويا أو علة حرمة الفضل واذا ثبت أن العلة القدر والجنس تعدى الى سائر المقدرات سواء كان مطعوما أو لا (قوله وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة) هذا اذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع وأما اذا كان أحد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر يبلغ حد نصف الصاع أو أكثر فبيع أحدهما بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لو باع حفنة بقفيز لا يجوز (قوله والمعنى المضموم اليه) أي الكيل أو الوزن (قوله لعدم العلة) أي حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وعدم

أوحنطة فى شعير لحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما) حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لايجوز ولو جود الجنسية عنده يجوز (وقال الشافعى رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لايثبت الا شبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز فى الجنس حتى جاز بيع الهروى بالهروين والعبد بالعبدين (فالشبهة أولى) قيل ليس فى تخصيص الجنس بالذكر فى عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات فى الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده فى صورة الجنس وأما فى صورة القدر فقد يوجد فانه لايجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط فى الصرف وبيع الطعام عنده وانما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان فى باب الربا حقيقة وشبهة لانزاع فى ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولايجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة أومقارنة لها وهو خلاف الغرض فلابد من شبهة محل وشبهة علة وما يجرى فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظرا الى ان (١٥٤) القدر يجمعهما كما فى الحنطة مع الشعير أوالجنس كالهروى مع الهروى اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لايتم نصاب العلة الابهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا فى المالية فتحقق شبهة الربا فى محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ماقيل ان كونه من مال الربا من وجه وشبهة كون النقدية أوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها والثانى أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون مطلقا أوفى محل الحقيقة والاول ممنوع والثانى مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى فى المحل والثانية فى الحكم وثمة الا شبهة أخرى وهى التى فى العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثانى ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة فى محل الشبهة وهو ماذكرنا كما أن الحقيقة مانعة فى محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث التى تدل على كل واحد

أوحنطة فى شعير لحرمة الربا بالفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعى الجنس بانفراده لايحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لايثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر أوالجنس والنقدية أوجبت فضلا فى المالية فتحقق شبهة الربا وهى مانعة كالحقيقة

ولو باع العبد بعبدين أوالهروى بهرويين حاضرا جاز (أوحنطة فى شعير) فى صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى وكذا حديد فى رصاص ومقتضاه أن لايجوز فلوس فى خبز ونحوه فى زماننا لانها وزنية (لحرمة الربا بالفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء باحدهما) والنساء بالمد ليس غير (وقال الشافعى رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضا دل الدليل على نفيه وهو ماروى عن ابن عمرو رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرنى أن اشترى بعيرا ببعيرين الى أجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا باربعة الى أجل وعن على رضى الله عنه أنه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل فى أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة فى هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لايؤثر فى منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا أنه مال الربا نظرا الى القدر أوالجنس و) عرف أن (النقدية أوجبت فضلا فى المالية) حتى تعورف البيع بالحال بانقص منه بالمؤجل (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) علة الحرمة لا أن يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لان العدم لايثبت شيئا لانه ليس بثابت فى نفسه (قوله وقال الشافعى رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم النساء) وهذا راجع الى أصل وهو أن الجنس عندنا أحد وصفى العلة لتحريم الربا فى النقد فيكون علة لتحريم ربا النساء وعند الخصم الجنسية شرط والشرط لا أثر له فى اثبات الحكم (قوله وحقيقة الفضل فيه غير مانع) حتى يجوز بيع ثوب هروى بثوبين هرويين فاولى أن لايمنع شبهته ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا الى أحد الوصفين لوجود المسوى بينهما من وجه أما اذا تا

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لايحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خبير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لاحقيقة الفضل فينبغى أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلايجوز بيع الهروى بالهرويين والعبد بالعبدين فما ذكره الشارح مغالطة لاتجدى شيأ الاترى الى قول المصنف بعد سطور فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها الى ان قال لتوهم الفضل فليتامل (قوله وهو ماذكرنا) أقول يعنى قبل تسعة أسطر تخمينا وهو قوله مايجرى فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه الخ

منهما كما استدل بعض الشارحين بما روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرنى أن أشترى بعيرا ببعيرين الى أجل للشافعى رحمه الله وبما روى أبوداود فى السنن عن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتاويل منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور فى الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء (١٠٠) فى كمال العلة لافى شبهتها وقوله (الا أنه اذا أسلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضى عدم اسلام النقود فى الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد فى الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهى معربة سنك ترزون ونقل عن الفراء أن السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولايقال بالسين وأما الثانى فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لايتعين بالتعيين وأما الثالث فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على أنه عشرة دنانير مثلا فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلا وقبله المشترى ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن

الا انه اذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لايتفقان فى صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لايتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفى الزعفران وأشباهه لايجوز

بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوى وتماثلت الصبرتان فى الرؤية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على أنه لايجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ماذكرنا والتحقيق أن المعول عليه فى ذلك ماتقدم من حديث عبادة ابن الصامت مما أخرجه الستة الا البخارى من قوله فى آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ماتقدم من رواية أبى داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولاباس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا وأخرج أبوداود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على أن وجود أحد جزأى علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا بان فيه شبهة الربا أعنى الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ماذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم باحد الوصفين التفاضل أيضا لان لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ماذكر أن لايجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير فى الزعفران وفى سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بان الوزن فى النقود وفى تلك الاموال مختلف فانه فى النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات وفى الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف فى الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوى وهو أن النقود لاتتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمى وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم أودنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشترى وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها

بالقدر أومعنى بالجنس النقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الربا وهى كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربا وهذا لان كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لايتم نصاب العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلية فيثبت بشبهة العلية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته ألاترى أنه لو أسلم قفيز بر فى قفيز شعير لا يصح اجماعا ولايقال انه بعض العلة وببعض العلة لايثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض العلة لحرمة ربا الفضل وكذلك اسلام المكيلات فى المكيلات والموزونات فى الموزونات نحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده وعندنا لا والشافعى رحمه الله ينكر حرمة النساء فانه يقول التقابض فى بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد فينعدم الجواز لانعدام التقابض لالكونه نساء وهذا خرق لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا فى الايضاح (قوله الا أنه اذا أسلم النقود فى الزعفران) استثناء من قوله واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (قوله ونحوه)

(قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التاويلات منعاه عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح للمحرم احتياطا على مافصل فى كتب الاصول وهذا يكفى فى الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما يروى عن عبدالله كما لايخفى على من نظر فى كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة

قبل وزنها ثانيا وفى الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن فى مثله (فاذا اختلفا) أى النقد والزعفران ونحوه (فيه) أى فى الوزن (صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى أن النعين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا فى معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره فى ذلك وقوله وفى الزعفران وأشباهه لا يجوز ان أراد أنه بعدما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه مجازفة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا نقول فى الدراهم اذا قبضها واما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمنا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف فى الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمى وحده لا يوجب اعتباره غيره مشارك له فى أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه فى هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود فى الموزونات بالاجماع كى لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم فى الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد فى قطن أو زيت فى جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا فى الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا فى الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجرى فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغى أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير فى الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوى ينبغى أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعى وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر فى قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على أنهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهى والثوب الهروى

كسائر الموزونات (قوله فاذا اختلفا فيه صورة) أى فى صورة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات ومعنى فان الزعفران مثمن متعين والنقود ثمن لا يتعين وحكما فان التصرف فى النقود قبل الوزن يصح وفى الزعفران وأشباهه اذا باعه موازنة لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن (قوله لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) وهذا لانهما اذا اتفقا فى الوزن من كل وجه كما لو أسلم الحديد فى القطن حرم النساء لشبهة الربا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر وفى الذخيرة وربا النساء يحرم باحد وصفى علة الربا وهو الجنس أو الوزن أو الكيل متمنين أو ثمنين حتى اذا أسلم قفيز حنطة فى قفيز شعير لا يجوز لوجود الكيل فى مثمنين وكذا اذا أسلم الدراهم فى الذهب لا يجوز لوجود الوزن فى ثمنين واذا أسلم الحديد فى الزعفران لا يجوز لوجود الوزن فى مثمنين واذا أسلم الدراهم فى الزعفران

اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهى غير معتبرة) لا يقال لم يخرج بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظى ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفى عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول اتفاقهما فى الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا جعل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال فى أول التعليل فى صفة الوزن فذلك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون فى وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص فى السلم والاصل فى رأس المال هو النقود فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسد باب السلم فى الموزونات على ما هو الاصل والغالب فاثر شرع الرخصة فى التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام

(قوله وأما الثانى فلان الزعفران مثمن الخ) أقول لا يظهر كون هذا اختلافا فى معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوى بين الموزونين (قوله لان اطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى) أقول لا يخفى عليك أن نفى اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة قال

من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به (قال وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها) أى عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة

قال (وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبى يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هى المنظور اليها وقد تبدلت

والمروى وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمنى والطالقانى جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والخيرى جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا فى الوزن الا ان علم أنهما متماثلان فى الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفى المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز (وما لم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) فى الاسواق (لانها) أى العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعى أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبى يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل فى الشئ أو الوزن فيه انما كان فى ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان

يجوز لانه لم يوجد الوزن فى مثمنين أو ثمنين انما وجد فى ثمن ومثمن (قوله لان النص أقوى من العرف) لان العرف يحتمل أن يكون على الباطل وأما النص بعد ثبوته فلا يحتمل أن يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به وأما النص فحجة على الكل (قوله لانها دالة) أى العادة يرجع اليها لانها مبنية على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله لان النص على ذلك لمكان العادة) أى لان النص بالكيل فى المكيل وبالوزن فى الموزون فى ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هى المنظور اليها (قوله وقد تبدلت) والجواب عنه أن تقرير رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا فى ذلك بمنزلة النص

والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (وعن أبى يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) أى على الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون فى ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة فى ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهبا بجنسه متماثلا كيلا) جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام فى الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوى لوجود الاسلام فى معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفى المنازعة فى التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر فى التتمة انه ذكر فى المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان فى المسئلة روايتان قال المصنف

(وعن أبى يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هى المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغى أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبى يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغى أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال (وكل ماينسب الى الرطل فهو وزنى) الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقى جمع أوقية كاثفية واثاف قيل هى وزن سبعة مثاقيل وذكر فى الصحاح أنه أربعون درهما والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان وكل مايباع بالاواقى فهو وزنى لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب مايباع بالاواقى وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعنى أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لايعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال فى المبسوط وكل شئ وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات فى كل وقت لانه لايستمسك الافى وعاء وفى وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل فى ذلك تيسيرا فعرفنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن

فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لايجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام فى الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام فى معلوم قال (وكل ماينسب الى الرطل فهو وزنى) معناه مايباع بالاواقى

العرف لايعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولايخفى ان هذا لايلزم أبا يوسف لان قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا النص عليه على وزان ماذكرنا فى سنية التراويح مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التى كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لايجوز عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل فى أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبدا أى يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بعمومه يمنع السلم فى الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لايكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هنالك التماثل بالمسوى الشرعى المعين فلما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوى وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله انه لايجوز لانها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله فى الكافى الفتوى على عادة الناس يقتضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لايجوز ولا ينبغى ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغى أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفى جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزنا فى المكيلات وكذا عن أبى يوسف فى الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوى فقال لاباس بالسلم فى المكيل وزنا وفى الموزون كيلا هذا الذى ذكره فرق بين الكيلى نصا والوزنى عادة وقلبه فاما الوزنى نصا وعادة كما فى اناءين من جنس واحد حديدا وذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر ففى الاناءين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لايباعا وزنا لانه عددى متقارب وفى أوانى الذهب والفضة لايجوز فانه يجرى فيهما ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا فى العادة فان الوزن فى الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة وأما فى الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ماينسب الى الرطل فهو وزنى) هذا فى التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتهر فيها انها اسم

منه فلا يتغير بالعرف لانه لايعارض النص (قوله لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه) وهو الكيل فى الحنطة والوزن فى الذهب لان شرط الجواز فيهما المماثلة فى الكيل والوزن ولم يعلم (قوله الا أنه يجوز الاسلام فى الحنطة وزنا) وهو رواية الطحاوى عن أصحابنا رحمهم الله لان المماثلة لاتشترط فى المسلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لايبقى بينهما نزاع فى التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وروى الحسن عن أصحابنا أنه لايجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس (قوله وكل ماينسب الى الرطل فهو وزنى) الرطل بالكسر والفتح لغة نصف من وعن الاصمعى هو الذى يوزن به أو يكال به وقال أبو عبيدة وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة معناه مايباع بالاواقى كالادهان ونحوها والاوقية بالتشديد أربعون درهما وهى من أفعولة من الوقاية لانها تقى صاحبها من الضرر وقيل فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقى بالتشديد والتخفيف وعند الاطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم وهو استار وثلثا استار وفى كتاب العين الوقية وزن من أوزان الدهن وهى سبعة مثاقيل وفى شرح السنة فى عدة أحاديث وقية ثم تحرف الى أوقية قال الازهرى واللغة الجيدة أوقية كذا فى المغرب ثم قال وكانهم

لانها

لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب مايباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس)

يرجع الى الوزن كما اشتهر فى المن والقنطار أو الى الكيلى كما فى الصاع والمد فلا يدرى أهذه الاسماء من قبيل الوزن فيجرى حكم الوزنى على المبيع أو المكيل فيجرى عليه حكم الكيلى وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فافاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزنى فيجرى عليه ذلك فلو بيع ماينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهما لايجوز لاحتمال عدم تساويهما فى الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا بالوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لايجوز خلافا لزفر وقول الشافعى كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية تختلف فيها عرف الامصار ويختلف فى المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثناعشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفى مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفى الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفى حلب أكثر من ذلك وتفسير أبى عبيد الرطل بانه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقى الذى قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم فى الاسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل فى عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية وربما كان فى غيرها عشرين أوقية وحينئذ لايشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفى زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفى نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال وقوله بمكيال لايعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان) ذهبا وفضة بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوى والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لايكون به خيار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو أسقط الخيار والاجل فى المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ماسوى التساوى واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الاهاء وهاء وروى ابن أبى شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والورق بالورق ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء وروى أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الى آخره وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبنى على الفتح ومعناه خذوهات يعنى هو ربا الافيما يقول كل منهما لصاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بانه يعنى يدا بيد فى الحديث المتقدم ثم قال (وماسواه) أى ماسوى عقد الصرف (مما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس

جعلوا الخاص عاما فى مكاييل الدهن فقيل أوقية عشرية وأوقية ربعية وأوقية نصفية ومنها قوله فى فتاوى أبى الليث رحمه الله مايجمع الدهان من دهن يقطر من الاوقية هل يطيب له أم لا وعن أبى حنيفة رحمه الله مارأينا قاضيا يكيل البول فى الاواقى (قوله لانها قدرت بطريق الوزن) لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يمسك الافى وعاء وفى وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواقى لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكاييل (قوله وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان) أى فى الطرفين هذا تعريفه وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء بوزن هاع أى خذ أى بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء أى يقول كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان (قوله وماسواه) أى ماسوى الصرف من العقود الواردة على

وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان الخ) عقد الصرف ماوقع على جنس الأثمان وهى النقود يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس قوله (يعتبر فيه) خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب

(لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد حرا إلى إفادة معنى التعيين كما تبين (وما سوى جنس الأثمان) من الربويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى فى كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه كبكر حنطة بشعير أو تمر فإنه إذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهى كناية وبأنه إذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هى التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فإن قيل لو كان كذلك لما وجب القبض فى الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فإن القبض فيه يتعين به فإن النقود لا تتعين فى العقود قوله

لقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه فى الصرف إن شاء الله تعالى قال (وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه

يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى كل مطعوم حنطة أو شعيرا أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولأنه حينئذ يقع التعاقب فى القبض وللنقد مزية فيكون كالمؤجل إذ يحصل التفاوت فى البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فى) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض فإن الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت

الأموال الربوية (قوله خلافا للشافعى رحمه الله فى بيع الطعام) وذكر لفظ الطعام مطلقا يتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس أو اتحد بأن باع كر حنطة بكر حنطة أو بكر شعيرا أو تمر وافترقا من غير قبض فإنه يجوز العقد عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز له قوله عليه السلام فى الحديث المعروف يدا بيد أى قبضا بقبض وإنما كنى باليد عن القبض لأن اليد آلة القبض ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب أى كما لو باع ثوبا بثوب أو بثوبين وافترقا لا عن قبض فإن قيل إذا باع إناء فضة بإناء فضة أو بإناء ذهب يشترط فيهما التقابض مع أن إناء الفضة أو الذهب مما يتعين بالتعيين قلنا إن الذهب والفضة خلقا ثمنين والتعين بالصنعة عارض فبقى شبهة عدم التعين نظرا إلى الأصل فيشترط القبض اعتبارا للشبهة فى الربا بخلاف الطعام فإنه ما خلق للثمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين (قوله ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين) إذ اليد

(ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلابد من حمل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آلته كما تقدم وأن يكون التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره

قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء) أقول قال الإتقانى قال المطرزى هاء وزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ انتهى وفى شرح مسلم للنووى فيه لغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاك فأبدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغلط الخطابى وغيره المحدثين فى رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليست بغلط بل هى صحيحة كما ذكرنا وإن كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالته على الوجوب) أقول فى أوائل هذا الباب وهو قوله فإن قيل تقدير بيعوا أوجب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة (قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول فمعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الفضة بالفضة قائلا كل منكم لصاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقابلين هاء وهاء (قوله أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لو صح هذا التفسير يلزم أن يكون القبض شرطا فى غير الأثمان أيضا إذ لفظ هاء وهاء مذكور فى الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعنى ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فإن القبض إذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك إذ لا يوجد القبض إلا وأن يوجد التعيين فإن قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع

فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض فى الصرف وبمعنى العين فى بيع الطعام لأنا نقول جعلناه فى الصرف بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو فى معنى العين فى الحال كلها لكن تعيين كل شئ بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض فى إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة فى الربا كالحقيقة

فاشترط القبض دفعا لها واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم فى أن الأثمان لا تتعين وأما الشافعى فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب أنه ذكره بطريق المبادى ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف فى موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس ووجهه المانع تعاقب بعد تفاوتا فى المالية عرفا كما فى النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفصلون فى المالية بين المقبوض فى المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددى المتقارب بجنسه متفاضلا جائز إن كانا موجودين لانعدام المعيار وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فإن قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا فى ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين أجيب بأن التماثل فى ذلك إنما هو باصطلاح

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعى يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه فى مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الأجل وقد استشكل بأنه استدل بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق فى الصرف ثم استدل به هنا على أن الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك أو للحقيقة فى المجاز والجواب أنه فسر هاء وهاء بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض فى الصرف لا ينفيه لأن فى استدلاله به وهنالك إنما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هنالك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا إنها لا تتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغى أن يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بأن رواية عينا بعين تفسير للمحتمل لأن يدا بيد يحتمل معنيين فهى تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فلزم أن عينا بعين تفسير ليدا بيد القائل أن يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر فى التقابض ويجب أن يحمل عينا بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب أن تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضى الله عنه كذلك فى الصحيحين أن مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب يقلبها فى يده ثم قال حتى يأتى خازنى من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزى على اشتراط التقابض على أبى حنيفة رضى الله عنه وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الأفعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل

تمزج لى من بغضها السقاء * ثم تقول من بعيد هاء

أما ما نقل من قياس الشافعى على الصرف فى اشتراط التقابض فدفع بأن الاسم ينبئ هنالك عن صرف كل إلى الآخر ما فى يده والمعانى الفقهية تعطف على الأسماء الشرعية وليس فى الفرع ذلك إلا أنه لا حاجة له إليه لأن الدليل السمعى على الوجه الذى قررناه يستقل بمطلوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين) إلى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير أن ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو هى من مسائل

آلة التعيين كما هو آلة القبض فلم كان حمله على القبض أولى بل حمله على هذا أحق لما روى عبادة بن الصامت عينا بعين فإن قيل بعين هذا اللفظ أريد القبض فى الصرف حتى لو افترقا قبل القبض بطل الصرف فكيف يجوز أن يراد به التعيين فى بيع الطعام قلنا بل أريد التعين فيهما إلا أن التعين فى الصرف لا يكون إلا بالقبض فاشتراط القبض للتعيين لا لعينه لم يختلف المراد (قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المال عرفا) جواب عن قول الخصم ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض يعنى أن التجار لا يفصلون فى المالية من المقبوض

الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك فى حقهم وهو ضمان العدد وإن وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهى فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا الشافعى فيه لوجود الطعم على ما مر عنده (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فإن عموم المشترك إرادة كلا معنيى المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام فى الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنا لا نسلم أن ما نحن فيه ليس كذلك ألا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد الحديث على ما ذكر فى الكتب المبسوطة

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما الخ) بيع الفلس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الاول فلان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربا وأما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد اليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض وأما الوجه الرابع فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما يثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلوس الرائجة مادامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت

باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضا أيضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما وأجيب بان الاصل في الفلوس أن تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل فلا يجوز أن تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل وأما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله أن الثمنية في حقهما

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد

الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينا وصورها أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير أن رضى بتسليم المبيع قبل

في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير جنسه (قوله ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد) جواب اشكال وهو أن يقال اذا خرج في حقهما عن أن يكون ثمنا فيعود وزنيا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما في هذه المبايعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما أعرضا عن اعتبار صفة العد وليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمنا في حقهما خروجها من أن يكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة الكالي من كلاء الدين تأخر كلاءة فهو

تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما ويمكن أن يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر فقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له أن يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا أو في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد فساد

قال المصنف (ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله أما الاول فلان الفلوس) أقول ولانه كالئ بكالئ (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للمنع فان الاصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها حملا لامور المسلمين على الصلاح وتحسينا للظن بهم ولا يخفى عليك امكان حمله عليها ههنا فان الوزن ليس منصوصا عليه في النحاس والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن

(قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما اذا كان بغير أعيانهما فان ذلك

لم يجز لكونه كالئا بكالئ أي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) بيع الحنطة بالدقيق أو بالسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيأ آخر زائلة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق والربا بالفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما أن يكون الدقيق حنطة أولا والثاني

فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما

قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين عينهما فيجوز خلافا لمحمد وأصله ان الفلس لا يتعين بالتعيين مادام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواها على ثمنيتها أجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز أن تصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود بيع بما ليس بعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وفي الفائق كلأ الدين بالرفع كلأ فهو كالئ اذا تأخر قال الشاعر * وعينه كالكالئ الضمار * يعني عطيته الحاضرة كالمتأخر الذي لا يرجى ومنه كلأ الله بك الكلأ العمر أي أكثره تأخيرا وتكلأت كلأة أي استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع كالئ بكالئ وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة

كالئ ومعنى الكالئ بالكالئ النسيئة بالنسيئة (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي لا متساويا ولا متفاضلا بالكيل ولا بغيره (قوله لان المجانسة باقية من وجه) لانهما من أجزاء الحنطة لان بالطحن لم يوجد

فليتأمل قال المصنف (لانه كالئ بالكالئ وقد نهى عنه) أقول روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وقال صاحب الفائق كلأ الدين كلأ فهو كالئ اذا تأخر ومنه كلأ الله بك الكلاء العمر أي أطوله وأشده تأخرا وكلأته أي انسأته وكلأت في الطعام أي أسلفت قال المصنف (لانهما من اجزاء الحنطة) أقول وانما لم يقل أجزاؤها لان من أجزائها النخالة أيضا

يوجب الجواز متساويا أو متفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة (فلا يجوز وان كان كيلا بكيل) قيل حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعلى ماذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ماعرف وأجيب بان حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن مانحن

فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق

لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة وانما لم يقل أجزاؤها الا ان من أجزائها النخالة أيضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة (فيه) أي في الكيل أي منضمة انضماما شديدا والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الافيما الا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيل) مساو وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافا لمالك وأحمد في أظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وماذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا أن الشافعي أجازه لان النخالة ليست من أموال الربا لانها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا

الا تفرق الاجزاء والشيء بالتفرق لا يصير شيأ آخر فكانت المجانسة باقية من هذا الوجه ومن حيث أن اختلاف المجانسة بين الشيئين انما يثبت باختلاف الاسم والصورة والمعنى وقد تحقق ذلك بالطحن وكانت حرمة الفضل ثابتة قبل الطحن وقد بقيت المجانسة من وجه فلا تزول تلك الحرمة بالشك فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق ولم يوجد لان الكيل لا يسوي بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل حبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع أصلا لشبهة الفضل فان قيل الحرمة في الربا حرمة مؤقتة الى غاية وجود المساواة فلو لم تثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي أبدا فحينئذ كان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله عليه السلام لا تبيعوا البر بالبر الا متساويا وهذا فرع ذلك فيجب أن يكون على وفاق الاصل والا يلزم أن يكون مثل ظهار الذمي وذلك لا يجوز لهذا المعنى على ماعرف قلنا الحرمة المتناهية في الربا هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة وأما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير مؤقتة ألا ترى أن حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي بالمسوى بل تبقى الى أن يبقى النساء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم امكان المساواة ويجوز بيع الدقيق بالدقيق وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل اذ هو ينكبس ولهذا لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء عنده وكذا بيع الرطب بالرطب عنده قلنا المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهر وأما بيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلي فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا اجاز السلم كيلا ويجوز بيعه في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وحكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق اذا

فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوّى ومتساويا وكيلا بكيل قيل حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر

قال المصنف (فكذا بيع أجزائهما) أقول كان الظاهر أن يقول فكذا بأجزائهما الا أنه عدل الى هذا اشارة الى أنهما مبيعة أيضا في أمثال هذا البيع (قوله وأجيب بان حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة) أقول قوله في الحنطة أو في الشبهة يحتمل أن يكون قيدا للمساواة فمعنى قوله فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة أي بشبهة المساواة التي في النساء لاستلزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضا ويحتمل أن يكون قيدا للربا وهو الانسب بقوله فان حرمة النساء الخ والاول

أقرب فليتأمل وأنت خبير بان قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثاني والا لزم التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كلا البدلين نسيئة فانه لا يجوز للزوم الكالئ بالكالئ (قوله ومتساويا وكيلا بكيل حالان متداخلان) أقول فكيلا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندي ان انتصاب كيلا على التمييز أي متساويا كيله تأمل وسيجيء من الشارح تفسير كيلا بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا الشرط

الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا حكي عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق أجزاء حنطة غير

الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا انتصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة أحسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا متماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بان كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الحنطة وسويقها مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وأبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم تمنع العلم

تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة (قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله) الى قوله لقيام المجانسة من وجه اذ السويق أجزاء حنطة مقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع أجزائهما بل هذا أحق لتوفر المجانسة هنا وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والاطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن أو بالعسل فيؤكل كذلك أو يشرب بالماء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بان يرش عليه الماء ثم يغلى فيصير

مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير

فذلك كالتصريح بكون كيلا تمييزا (قوله لقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المسوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضا (قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الحنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدي الجنس من وجه اذ المسئلة اتفاقية فما بالهما هنا لم يجعلا الدقيق والسويق كذلك لان الحنطة اذا قليت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد

واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجه ففي الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل

قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة
قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا
اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق
الربا

بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا * قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السالمة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوى بينهما فاما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز اذا تساويا وزنا ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان وان كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أنه يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم (بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) اما الزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر

سويقا ببغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المآل (قوله قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما) ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة وذا لا يوجب اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق الا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الاصح لعدم المسوى بينهما فان المقلية لا تعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي اذا قليت رطبة أو ضمور اذا قليت يابسة وهذا التفاوت معتبر لانه بصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة لانه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوى بينهما حنطة علكة أي تتلزج كالعلك من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام وفي الذخيرة وأما بيع المقلية بالمقلية فيجوز اذا تساويا كيلا لان المجانسة بينهما قائمة من كل وجه وذكر في المبسوط أنه لا يجوز كذا في النهاية (قوله بلحم من جنسه) بان باع لحم الشاة بالشاة الحية) وانما قيد بلحم من جنسه لانهما لو كانا مختلفين بان باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجيء هذا اذا كانت الشاة حية أما اذا كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز الا على سبيل الاعتبار بالاتفاق وان كانت مسلوخة مفصولة عن السقط جاز اذا تساويا وزنا والا فلا وسقط المتاع رذاله وأراد به هنا ما لا يطلق

المقلية (والعلكة بالمسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلى اذا شوى ويجوز مقلوة من قلا يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا)

اما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معلول وجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالحل أي الشيرج (بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوة فيه فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسئلة الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير يوزن الثجير وهو ثفله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك أجيب بان النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما

من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير

لانه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احداهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من أصحاب الشافعي فانه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الاطلاق (انه باع موزونا بما ليس بموزون) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدر به انما يمتنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون (لانه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى حاله بخلاف الدهن والسمسم (لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الثجير ثم يوزن الثجير) هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوي فمن القوي ما رواه مالك في الموطا وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه

عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال (قوله من حيث زيادة السقط) بان قوبل اللحم باللحم أو من حيث زيادة اللحم بان قوبل اللحم بالسقط (قوله وصار كالحل بالسمسم) أي كبيع دهن السمسم بالسمسم فانه لا يصح الا بطريق الاعتبار بل أولى لان اللحم في الشاة أبين من الدهن في السمسم لانه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربا بين الدهن والسمسم لان يثبت هنا أولى (قوله لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى) لاسترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصله أثقل من الحي والنساء لاسترخائهن أثقل من الرجال لصلابتهم (قوله بخلاف تلك المسئلة)

(قوله والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل الخ)
أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شموله اياهما عند التمييز (قوله وهذا لان الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني يوزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة فلعل المراد من تعريف الوزن اياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لاثبات مدعاهما

لايجوز (قال و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلا لايجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه أبو حنيفة خاصة (وقالا لايجوز لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد بن أبى وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا) أى لايجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة فى أعدل الاحوال وهو مابعد الجفاف و بالكيل فى الحال لايعلم ذلك

قال (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبى حنيفة) وقالا لايجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليه رطب أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا و بيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا

أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان و بسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبى بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث أبى بكر رضى الله عنه لعله بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابى بعناقه فقال اعطونى بهذا العناق لحما فقال أبو بكر رضى الله عنه لايصلح هذا وتاولوه على أنه كان من ابل الصدقة نحر ليتصدق به (قوله و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى وأحمد رحمهم الله لايجوز فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك فى الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبى وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص فى أحد البدلين فى ثانى الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح (ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب أوكل تمر خيبر هكذا سماه) أى سمى الرطب (تمرا) وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا أخرج الشيخان فى الصحيحين عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بنى عدى الانصارى رضى الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يارسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع أصناف مجموعة من التمر وماادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لاياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب أنه لايحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرا) هذا اللفظ يحكى عن أبى حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسالوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرا أولم

أى بيع الحل بالسمسم لان الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه و بين الثجير و بوزن الثجير فيكون حينئذ بيع الموزون بموزون من جنسه فلايجوز الامع التساوى وذلك مجهول والنهى عن بيع اللحم بالحيوان فيما اذا كان أحدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به فى رواية و به نقول (قوله لا اذا) أى لايجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولايعرف ذلك بالمساواة بالكيل فى الحال واعتبار المماثلة فى أعدل الاحوال صحيح كما فى بيع الحنطة بالدقيق فانه لايجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله ولانه لو كان تمرا الى آخره) فان قيل فبالنظر الى هذا الترديد ينبغى أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لاتخلو اما ان كانت حنطة أولم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز أيضا لقوله

(قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولابى حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين أهدى رطبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا و بيع التمر بمثله جائز لما رويناه من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما أن يكون تمرا أولا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعنى قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف فى النقلة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلمناه قوته فى الحديث لكنه خبر واحد لايعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فتجوز باول الحديث أولا فتجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن فى المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لاتتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة جاز

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فاورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أى اسم التمر

جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار مارواه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش و زيد ابن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله المصنف بقوله ضعيف (عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف فى قوله زيد بن عياش فان المذكور فى كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع فى ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاى قال الامام الزيلعى المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الزرقى و يقال المخزومى و يقال مولى بنى زهرة المدنى ليس به باس وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة انما قال هو مجهول وقد رد ترديده بين كونه تمرا أولا بان هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولايجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لايسويهما الكيل وانما يسوى فى حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوى حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لايمنع مع المساواة فى الحال اذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانا فى الحال نحكم بعدم التساوى لاكتناز أحدهما فى الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير وورد طعنه فى أبى عياش أيضا بانه ثقة كما نقلنا آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك فى الموطأ وهو لا يروى عن رجل مجهول وقال المنذرى كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبى أنس وهما ممن احتج بهما مسلم فى صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشان وقد أخرج حديثه مالك فى الموطأ مع شدة تحريه فى الرجال وقال ابن الجوزى فى التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ماذكرنا وقد أجيب أيضا بانه بتقدير صحة السند فالمراد النهى عنه نسيئة فانه ثبت فى حديث أبى عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود فى سننه عن يحيى بن أبى كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة و بهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوى فى شرح الآثار ورواه الدارقطنى وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن أبى كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمعيل بن أبى أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا فى زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين فى مجلس واحد ومثلهم لايغفل من مثلها فانها مردودة على ما كتبناه فى تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما فى مجالس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له فى ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالاصل انه قاله فى مجالس ذكر فى بعضها ما تركه فى آخر والله الموفق لكن يبقى قوله فى تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهى عنه نسيئة وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص الى أن يحل الاجل فلايكون فى هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشفاق مبنى على أن السائل كان

عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلى لاجل دفع الخصم أما الجواب لابى حنيفة رحمه الله عن قوله أو ينقص اذا جف فاطلاق النبى عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر فى المبسوط ودخل أبو حنيفة رحمه الله بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فقال الرطب لايخلو اما أن يكون تمرا أولم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد أيضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على

من النخل من حيث تنعقد صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع ومنه كالبرنى وغيره و يجوز أن يقال انه حنطة (قوله فيجوز باول الحديث) قلنا انما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القلى صنعة يغرم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت فى الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبنى على صنع العباد فهو مفسد كما فى المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقى فهو ساقط العبرة كما فى الرطب والتمر والجيد والردىء والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل أبى حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق فى باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه

(وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد
باطلاق اسم التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه

قال (وكذا العنب بالزبيب) يعنى على الخلاف والوجه مابيناه وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة فى أعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره

ولى يتيم ولادليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب يعنى على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوى كيلا وعندهما لايجوز وقوله (والوجه مابيناه) انهما يعنى فى منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها ولابى حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا أولا فيجوز مطلقا ونقل القدورى فى التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لايجوز الا على الاعتبار فقال المصنف (وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية) فانه لايجوز البيع لان القلى كان بصنع العباد فعدم اللطافة التى كانت الحنطة بها مثلية بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لايعتبر فهذا هو الاصل فصار فى بيع العنب بالزبيب أربع روايات لايجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهى رواية أبي جعفر على الخلاف وهى رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لايجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود فى العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابى حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا فى الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزنى خلافا للشافعى وكذا الخلاف فى كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص لايجيز بيع رطبه برطبه كما لايجيز بيع رطبه بيابسه لانه لايعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف فى الباقلاء الاخضر بمثله لان بين الباقلاء تين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فى الفصول كلها من بيع

زيد بن عياش وزيد بن عياش ممالا يقبل حديثه واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله كيف يقال أبو حنيفة رحمه الله لايعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لايقبل حديثه وهذا الكلام حسن فى المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لاتتم بهذا الجواز أن يكون ههنا قسم ثالث كما فى المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابى حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل والتمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى أن تدرك وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لايوجب تبدل اسم العين كالآدمى يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت أن الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التى دخلت فى العقد فان قيل لو كان الرطب تمرا ينبغى أن يحنث فيما اذا حلف لا يأكل رطبا فاكل تمرا قلنا مبنى الايمان على العرف وفى العرف الرطب غير التمر وتأويل الحديث ان صح أن السائل كان وصيا اليتيم فلم ير رسول الله عليه السلام فى ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصى منه على طريق الاشفاق لاعلى وجه بيان فساد العقد كذا فى المبسوط ولان الصحيح أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر نساء كذا روى أبو داود فى سننه وبه نقول (قوله وقيل لايجوز بالاتفاق) والفرق لابى حنيفة رحمه الله بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو أن النص ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب فى قوله عليه السلام أوكل تمر خيبر هكذا ولم يرد باطلاق اسم الزبيب على العنب (قوله

التفاوت الصنعى المفسد كما فى المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا أى من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لانه ربوى يتفاوت فى أعدل الاحوال أعنى عند الجفاف فلايجوز كالحنطة بالدقيق ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع اذا ألقى فى الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لايجوز فى جميع ذلك هو يعتبر المساواة فى أعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفزعه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبرها فى الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضى الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعنى بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هى لاعتبار التفاوت الصنعى اذ بذلك لايمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم

في

أولا بعد أن يكون من جنسه

فى الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وفى الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه وفى الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لايجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ماتنعقد صورته لاقبله

الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب فى الخابية فهو منقع وأصله ان محمدا يعتبر المساواة فى أعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما أشار اليه حديث سعيد وذلك منتف فى المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة أما مع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع فى قدر البلل قال الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لايجوز اذا انتفخت أما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتاويل التساوى فى الحال (عملا باطلاق الحديث) أى حديث عبادة بن الصامت وغيره (الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان فى معناه والحنطة الرطبة ليست فى معنى الرطب من كل وجه والرطوبة فى الرطب مقصودة وفى الحنطة عيب وفى المبسوط ذكر فى بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ماتقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر فى المنع وما بأصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الحنطة فى أصل الخلقة رطبة وهى مال الربا اذ ذاك والبل بالماء يعيدها الى ماهو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلى (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من بيع الحنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازه وكذلك بين العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما افسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لايفسد ففى الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذى عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا فى المعقود عليه وفى الحنطة المبلولة وما فى معناه لايتغير فيظهر فى نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر متساويا) يجوز (ومتفاضلا لايجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو أول ماينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أى كيلا من التمر بكيلين من الكفرى وقلبه لانه ليس بتمر (لان) الكفرى لم ينعقد بعد فى صورة التمر (وهذا الاسم) أعنى التمر له (من أول ماتنعقد صورته لاقبله) وبهذا

لما رويناهما) وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال وجب أن لا يصح بيع المبلولة بالرطبة ولا باليابسة كالمقلية بغير المقلية لان الحنطة فى الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بلت بالماء عادت الى تلك الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة فى المعيار الشرعى جاز العقد وأما الحنطة لم تخلق مقلية حتى يكون هذا اعادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله أن الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لايجوز اذا ابتلت الحنطة وانتفخت أما اذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا كذا فى المحيط والذخيرة (قوله ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول) وهى بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب أن التفاوت فى هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر وفى بيع الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما وكان هذا تفاوتا فى المعقود عليه وفى الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتا فى المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد (قوله فان هذا الاسم) أى اسم التمر له من أول ماتنعقد صورته لاقبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفرى وهو

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها فى أعدل الاحوال وفيه فى الحال ووجه ذلك ماذكره فى الكتاب وحاصله أن التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذى عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه فى المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذى عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذا لم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية وأما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهى لاتتبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلا لايجوز لانه تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الراجع الى الاسم فى قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أى مسماه بقرينة جعله معقودا عليه لظهور أن ماعقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

النخل من أول ماتنعقد صورته و بيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع و بيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الزاء وهو كم النخل سمى به لانه يستر مافى جوفه بالثمر جائز متساو يا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفرى عددى متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لولم يكن تمرا لجاز اسلام التمر فى الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب أنه عددى متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت آحاده فى المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ)

الزيتون مايتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض و يقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا مايتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار مافى الضمن ولا يعتبر الثانى مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار مافى الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثانى ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلوا ما أن تعلم كمية مايستخرج من الزيتون أولا والثانى لا يجوز لتوهم الفضل الذى هو كالمحقق فى هذا الباب والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أولا والثانى لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والثجير وحده أى ساواه على تقدير أن يكون الثجير ذا قيمة وأما اذا لم يكن كما فى الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل مافى الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروى عن أبى حنيفة والاول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والشبهة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلا السمسم يشتمل على الشيرج والثجير فاما أن يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزنى والسمسم كيلى أو من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة

والكفرى عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر ممافى الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ مافيه من الدهن موزون وهذا لان مافيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير و بعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار مافيه لا يجوز لاحتمال الربا

استدل بعضهم لابى حنيفة فى بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لايأكل تمرا فأكل رطبا لا يحنث فكان غيره فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة فى الكتب المذهبية المشهورة بانه لا يحنث وكذا اذعى أنه يحنث فيما اذا حلف لايأكل تمرا فأكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه أن الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفرى عددى متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغى أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال الكفرى عددى متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشترى به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوما أنه (أكثر ممافى الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز فى أحدها بانه اذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد (والزائد) منه (بـ) مقابلة (الثجير) وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص أكثر اذا كان الثفل فى البدل الآخر شيأ له قيمة أما اذا كان لاقيمة له كما فى الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن أبى حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقديرى النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعى لا يجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار مافى الضمن فتمنع النسيئة كما فى المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنتفى باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر فى ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر و بالخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين

بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل لانه يستر مافى جوفه (قوله والكفرى عددى متفاوت) هذا جواب عما يقال الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز الاسلام فى الكفرى اذا جعل التمر رأس المال فاجاب أن الكفرى عددى متفاوت فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت) أى بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفى المغرب الزيتون من العصارة و يقال لشجره الزيتون أيضا ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الابيض و يقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضا وهو تعريب شيره (قوله فالثجير) و بعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان أكثر وقوله أو الثجير وحده الى قوله أو مساويا له فان قيل ينبغى أن يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم باى وجه كان لان الدهن وزنى والسمسم كيلى قلنا المقصود من السمسم مافى السمسم وهو دهنه فيكون حينئذ بيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان مافى السمسم مقصودا وثجيره أيضا مقصودا حتى جعل بمقابلته شئ من الدهن ينبغى أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف الجنس كما فى مسئلة الاكرار وهى بيع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير قلنا ذلك الصرف الى خلاف الجنس انما يصح فى المنفصل خلقة كما فى مسئلة الاكرار لانه لما كان منفصلا خلقة أمكن اعتباره منفصلا فى حق الصرف الى خلاف الجنس أيضا وفى المبسوط والاصل فى جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارة و باعتبار مافى الضمن أخرى وفيما اذا وجدت المجانسة عينا لا يعتبر مافى الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة قد أكلها السوس ولا يعتبر مافى الضمن وفى الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما فى الضمن حقيقة وان كان ذلك شيأ آخر حكما حتى أن الغاصب اذا غصب حنطة وطحنها يصير ملكا له ثم لا مجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر مافى الضمن (قوله والشبهة فيه كالحقيقة) ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم فى شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود الدر والنسل والاسامة وانما تعتبر المجانسة بما فى الضمن اذا كان مقصودا كما فى الزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج ألا ترى أن اللحم فى الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها عرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله (قوله على هذا الاعتبار) يعنى ينبغى أن يكون المفرز فى

والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع قال (و يجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم

وكر شعير أو يكون أحدهما اما الدهن أو الثجير منظورا اليه فقط والثانى منتف عادة والاول يوجب أن لا يقابل الثجير بشئ من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما فى مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والثجير ليسا كذلك واختلفوا فى جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلاهما موزون وان خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما عن الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا فى فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روى عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا قال و يجوز بيع اللحمان الخ)

بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضم الى الاصل ماطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيز من غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلى لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطلق بزهر النارنج برطلى دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلى زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعى فانه لا يجيز الدهن المطيب بغيره الا مثلا بمثل وأورد أنه ينبغى أن يجوز بيع السمسم بدهنه باى وجه كان لان الدهن وزنى والسمسم كيلى أجيب بانه لما كان المقصود من السمسم مافى ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وثجيره الى خلاف جنسه أجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة ههنا منفصلة وقوله (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعنى ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر ممايخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثفل له قيمة وأظن ان لاقيمة لثفل الجوز الا أن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لاقيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على مايخرج والله أعلم (واختلفوا فى القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفى فتاوى قاضيخان لا يجوز الا متساويا لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا و بيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبى حنيفة أيضا ثم ذكر أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر ممافى الآخر وهذا فى المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما فى الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله و يجوز بيع اللحمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف

كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان فى الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعراب والبخاتى والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعى رحمه الله أن المقصود من اللحم شئ واحد وهو التغذى والتقوى فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد فى التغذى فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم فى المطعومات والتفكه فى الفواكه والمعتبر الاتحاد فى المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا لا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس بوزنى ولا كيلى فلم يتناوله القدر الشرعى وفى مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله اذا لم تتبدل (١٧٤) بالصنعة) قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروى والمروى وفيه نظر لان كلامه فى اختلاف الاصول لا فى اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة وأما اذا تبدلت فلا توجبه وانما توجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر فى تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروى مع المروى مع اتحادها فى الاصل وهو القطن كذلك تؤثر فى اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة فى الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا خل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما يعنى الدقل والعنب جنسين بالاجماع قال

فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتى قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعى رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر فى الزكاة فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد

أصولها ولم يحدث فى الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فاما البقر والجواميس) فـ(جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتى) لا يجوز بيع شئ مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال و ينبغى أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الى آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات (وكذا البان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين (وعن الشافعى أن اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذى وهذا قول الشافعى غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بان أصولها (مختلفة) الاجناس (فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا خل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردىء التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذى كان فى العادة يتخذ خلا (و) أما (شعر المعز وصوف الغنم فـ)جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا

هذه الاشياء أكثر مما فى هذه الاشياء والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لا يصح الا بطريق الاعتبار لان فى القطن غزلا لكنه دقيق جدا والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان أى سواء كان القطن أكثر مما فى الكرباس من القطن أو أقل أو مساويا بالاجماع (قوله وكذا ألبان البقر والغنم) معطوف على قوله ويجوز بيع اللحمان المختلفة (قوله وعن الشافعى رحمه الله أنها جنس واحد) لاتحاد المقصود وهو التغذى والتقوى والاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف (قوله اذا لم تتبدل بالصنعة) معناه أن للاجزاء حكم الاصول ما لم تتغير بالصنعة كما فى الدهن مع السمسم والعصير مع العنب واذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الحنطة والكرباس مع القطن والدبس مع العنب يجوز البيع كيفما كان وقيل

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول و ينبغى ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن فى أكثر البلاد قال المصنف (فكذا اجزاؤهما اذا لم تتبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاء تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها معها اذا لم تتبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والاناء والقمقمة على ما تبين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول مأخوذ من الخبازية

(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة فى تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما والاولى أن يقال قلنا ان اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل أن يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة (١٧٥) وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل و يسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد و بالنظر الى المقصود جنسان فينبغى أن لا يجوز التفاضل بينهما فى البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) جائز لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه فى الذهن عند تصوره ولا شك فى ذلك عند تصور هذه الاشياء وأما اختلاف المعانى فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فبكافلة الطب قال (و يجوز بيع الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل

قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا قال (و يجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا)

واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل فى الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا و بالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغى أن لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم وهذا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنى وألزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود وأجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتاتى منه ذلك وكذا أغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر و يتضرر به دون الضأن وكذا فى الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناءى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة (و يجوز بيع شحم البطن بالالية أو باللحم) واللحم بالالية متفاضلا (لانها أجناس لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما وأما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لا نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا

معناه أن اختلاف جنس الاصول دليل اختلاف جنس الفروع ألا ترى أنه لا اتحاد فى المقصود فان مقصود السمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب فى بعض اللحوم دون البعض وقد يضره البعض و ينفعه البعض حتى أن ما يكون أصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالبقر مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا وفى مسئلتنا لم تتبدل بالصنعة فتكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصوف الغنم جنسان فان قيل يجب أن يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما فى حق الالبان وفى حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا أن المقاصد فيهما قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن واللبود واللفافة انما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين وحصل من هذا أن ما يوجب

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعنى اذا غلب جانب المقصود على جانب الاصل حتى عد المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغى ان يعد المختلفان فيه متحدين فى الجنس اذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا واذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكر الشارح فى حيز والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلان الصورة ما يحصل منه الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعانى مستغنى عنه لعمومه الصور لها والاظهر ان المراد بالصور الاشكال

لان الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور

الثلاثة (لان الخبز صار) اما (عدديا) في عرف (أو موزونا) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق أما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه و بين الخبز فيجوز التفاضل أيضا وروي عن أبي حنيفة انه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة اذ في الخبز أجزاء الدقيق أو ان الدقيق بعرض أن يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدرى ذلك (والفتوى على الاول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه (وهذا اذا كانا نقدين) فاما بيعهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بان أسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا (جاز أيضا وان كان الخبز) نسيئة بان أسلم حنطة أو دقيقا في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده و يكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض متجوزا ما هو دون ما سمى صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل أن لا يصير مستبدلا (ولا خير في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديدا أو عتيقا

اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة أحدها اختلاف الاصول كألبان البقر والغنم وكذا لحومهما والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الاصل كالوذاري والزندنجي والخبز مع الدقيق وذكر في المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذكر في الذخيرة لو باع قمقمة من حديد أو صفر أو نحاس بقمقمتين من جنسها يجوز يدا بيد لان الناس تركوا وزنها مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على الوزن وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم أن للصنعة تأثيرا في تغير الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف الضأن (قوله لان الخبز صار عدديا) أي عند محمد رحمه الله أو موزونا أي عند أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا خير فيه) أي لا يجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فتعم نفي جميع الخيرية وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح احترز به عما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز وفي المبسوط وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم باللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال لانه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم بهذه العلة اعتبر أبو حنيفة رحمه الله الاستقراض فيه لان السلم أوسع بابا من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم في الخبز بهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف رحمه الله يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وفي الذخيرة ذكر شيخ الاسلام

(وعليه الفتوى) وروي عن أبي حنيفة انه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخير وان كان الثاني فلا يخلو اما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فان كان الاول جاز لانه أسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة و بالخباز باعتبار حذقه وعدمه و بالتنور في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا أو عتيقا فيكون بخلافه و بالتقدم والتأخر فانه في أول التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما

والتقدم

والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه و بين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا

(والتقديم) في التنور (والتأخير) عنه و يتفاوت جودة خبزه بذلك وانما منع أبو حنيفة السلم فيه و باب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عددا أو وزنا (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته و بينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل و جعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبده) أي المأذون غير المديون لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا) لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأم الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أي البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه و بين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم

خواهر زاده رحمه الله لا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا وزنا ولا عددا وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز وزنا واختار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف رحمه الله اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه وقت القبض (قوله والتقدم والتأخر) يعني في أول التنور وفي آخره (قوله هذا اذا كان مأذونا له) ولم يكن عليه دين لانه حينئذ لا يتحقق البيع فلا يتصور الربا (قوله لهما الاعتبار بالمستأمن) أي يتحقق الربا بين المسلم

وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع (فاذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان و باع درهمين بدرهم فانه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روي مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد

قال المصنف (ولا ربا بين المولى وعبده الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى ان يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهما بدرهمين أولا لان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدبر لان كسبه مال بخلاف المكاتب لان المكاتب صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينه و بين مولاه كما يجري بينه و بين غيره انتهى وفيه اشارة الى انه لا ربا بين المولى وعبده اذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما اذا كان عليه دين ولعل ما في المبسوط على مذهب اذا مامين فان المولى علك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجعه (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحد به وانما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع اشكال بان مجرد المالكية لا يبقي البيع ألا يرى الى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما اذا كان العبد مديونا فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفريع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أي صورة وظاهرا (قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أي شبهة اذ الشبهة كافية في المحرمات

ولناقوله عليه الصلاة والسلام لار بابين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فباى طريق أخذه المسلم أخذ مالامباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

(باب الحقوق)

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشتريه

وبينه فكذا الداخل منا اليهم بامان ولابى حنيفة ومحمد ماروى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لار بابين المسلم والحربى فى دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ماروى مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعى قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لار بابين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعى وهذا الحديث ليس بثابت ولاحجة فيه أسنده عنه البيهقى قال فى المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن نخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد فى الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فاخذ أبو بكر خطره فاجازه النبى صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبى بكر ومشركى مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص فى مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدرا فباى طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستامن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به واباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لاتجوز واثبات قيد زائد على المطلق من نحو لاتأكلوا الربا ونحوه هو الزيادة فلا يجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات مراد بها المال المحظور بحق لمالكه ومال الحربى ليس محظورا الا لتوقى الغدر وهذا التقرير فى التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر المذكور أعنى كون ماله مباحا الا لعارض لزوم الغدر الا أنه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام فى الوجهين وكذا القمار قد يفضى الى أن يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(باب الحقوق)

حل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل) حاصل ماهنا أن الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا والجواب فيه ان علوه لا يدخل فى بيعه يعنى اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير مالم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله فانه مسقف يبات فيه والشئ

والمستأمن فى دارنا فكذا فى دارهم والجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بعقد البيع والجواب ماذكره فى الكتاب

(باب الحقوق)

(قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل) المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعياله والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكانت الدار أعم من أختيها لاشتمالها عليهما فاستتبعت العلو ذكر الحقوق أولا والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت فلا يدخل الا بالتنصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلو فيه تبعا بذكر التوابع عملا

ابن الحسن ولان مال أهل الحرب فى دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستامن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذى حظر لاجله (قوله بخلاف المستامن) جواب عن قياس وتقريره أن المستامن منهم فى دارنا لا يحل لاحد أخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

(باب الحقوق)

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر فى الفصل المتصل باول كتاب البيع الا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلا فوقه منزل)

قال المصنف (ولناقوله عليه الصلاة والسلام لار بابين المسلم والحربى فى دار الحرب) أقول قال ابن العز قال فى المغنى هذا خبر مجهول لم يرو فى صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لاربا النهى عن الربا كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج انتهى وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لاتأكل الربا اذ لا يزاد بخبر الواحد على الكتاب قيل المراد من النصوص الربا فى مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا لعارض من الغدر فليتأمل

(باب الحقوق)

بكل

ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسره ليبين مايترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح مايدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما أدير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى فى العقد الا أن يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتا فوقه بيت) وذكر احدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها) ولم يذكر شيئا من ذلك (دخل فيه العلو والكنيف) وهذا لان الدار لما كان اسما لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشئ تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشئ يتبعه ماهو مثله فى الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة فى معلوم ولا من لوازمه وليس فى الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلا لا تبعا ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيأ جاز أن يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف مايوصله الى مقصوده وفى كتابة عبده تسبب الى مايوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما أخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه (وقيل فى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك) أى الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل

بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل فى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك لان كل مسكن يسمى

لا يستتبع مثله بل ماهو أدنى منه وأورد المستعير له ان يعير مالا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ماملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتاتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه أو بكل حق له أو بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاستر واح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من

اشبهه بالدار ولا يدخل بدونه عملا لشبهه بالبيت (قوله بكل حق هو له) أى للمنزل من الطريق والمسيل أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه نحو الميزاب أو منه كالكنيف ونحوه أى يدخل الاعلى بواحد من هذه الالفاظ الثلاثة (قوله والشئ لا يكون تبعا لمثله) فان قيل يشكل على هذا المستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكاتب قلنا المراد من عدم التبعية ههنا فى اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعا للشئ فعند ذكر الشئ أن يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعا لذلك الشئ يدخل تبعا للمذكور الذى وضع له اللفظ مقصودا وأما فى الاعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ماهو مثله أيضا ولكن لما أعار الرجل فقد ملكه المنافع وولاية الاعارة للمستعير انما نشأت من تملكه المنافع كالمالك الا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك لان المستعار أمانة فى يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثانى فمنع عنه حذرا عن وقوع التغير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو أحق بتصرف يوصله الى مقصوده وفى كتابة عبده تسبب الى مايوصله الى مقصوده عس (قوله عند ذكر التوابع) وهو قوله بكل حق أو أمثاله (قوله وقيل فى عرفنا العلو يدخل فى جميع ذلك) قالوا الجواب

(قوله فسره) أقول أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ والحق ان يعمم لدخول المثل اذا ذكر مايدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعا) أقول فيه بحث فانه يدخل فى اللفظ الدال على التوابع أصلا لا فى المنزل تبعا

و يقال معناه أن البيت فى عرفنا لايخلو عن علو وانه يدخل فى عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول مثر وكا بالعرف
وكما يدخل العلوفى اسم الدار يدخل الكنيف (١٨٠) وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذى يكون أحد طرفيه
على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات فى السكة ومفتحه فى الدار كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان وفى المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التى فوق الباب الابذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق هوله عند أبى حنيفة لانه مبنى على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شئ مماذكرنا يعنى من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه فى الدار يضعف قول قاضيخان فى تعريف الظلة لانه جعل المفتح فى الدار قال (ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) الا أن يذكر احدى العبارات الثلاث (وكذلك الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع أى بقوله كل حق نظرا الى الثانى (بخلاف الاجارة) فان الطريق يدخل استئجار الدور والمسيل والشرب فى استئجار الاراضى وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد
لتمليك المنافع ولهذا لاتصح فيما لا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر الصغير ولا انتفاع بالدار بدون الطريق الا
وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستاجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه

بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلوفى اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الابذكر ماذكرنا عند أبى حنيفة رحمه الله لانه مبنى على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شئ مماذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال (ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق

توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذى يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على اسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار المبيعة فعند أبى حنيفة لا يدخل فى بيع الدار ما لم يقل ماذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أى الظلة بتأويل الساباط (مبنى على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه فى الدار يدخل) بلاذكر زيادة لان مفتحهما اذا كان فى الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا فى عرفهم أى عرف أهل الكوفة (أما فى عرفنا يدخل العلو) من غير ذكر فى الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه فى بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الا دار السلطان تسمى سراى (قوله ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا) فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) فى هذه الدار الى ذلك المشترى (الا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها) وفى المحيط المراد الطريق الخاص فى ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج فى ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضى ان الطريق الذى فى هذه الدار يدخل وهو غير ما فى الكتاب فالحق أن كلا منهما لا يدخل لانه وان كان فى هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيأ معينا منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبى الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة وقوله (بخلاف الاجارة) متصل بقوله لم

على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلوفى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل مسكن يسمى خانة سواء كان صغيرا أو كبيرا الا دار السلطان فانه يسمى سراى (قوله ولا تدخل الظلة الابذكر ماذكرنا) وهو قوله بكل حق هوله والظلة هى الساباط الذى يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار وذكر فى المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التى فوق الباب (قوله لم يكن له الطريق) يعنى الطريق الخاص فى ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء أو حق القاء الثلج فى ملك انسان فلا يدخل كذا فى شرح الطحاوى وفى الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذى يكون وقت البيع لا الطريق الذى كان قبله حتى أن من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثانى لا الاول (قوله بخلاف الاجارة) فان هذه الاشياء تدخل فيها وان

(قوله الابذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما فى قوله ماذكرنا

وأما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى يشترى الطريق والشرب والمسيل عادة و وحد الضمير لكل واحد أو بتاويل المذكور وقد يستاجرها أيضا وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

الابه اذ المستاجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

يكن له الطريق يعنى فى الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه فى الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها لم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كالولد وان لم ينتفع به فى الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفى الكافى ولهذا لو استاجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية فى ظاهر الرواية ولا شئ لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه فى الهواء فان قيل ماذكرتم يشكل بالقسمة فى دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه فى ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ماذكرتم فى الاجارة ينبغى أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تحريا لجواز القسمة كما أدخلتموهما تحريا لجواز الاجارة أجيب بان الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والآجر انما يستوجب الاجرة اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع أما ههنا فوضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة لانهما كانا داخلين فى الملك المشترك فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه اذا ذكر الحقوق فى البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفى القسمة اذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق والفرق أن البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخل الا برضا صريح ولا يكفى فيه ذكر الحقوق والمرافق

لم يذكر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب فيدخل ضرورة تصحيح العقد فاما البيع فانه موضوع لملك العين لا الانتفاع بنوع معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به فى الحال كالمهر الصغير والجحش والارض السبخة ولا يجوز اجارتها وفى الفوائد فرق بين الاجارة و بين القسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت و باب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه فى ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما فى الاجارة والفرق أن فى الاجارة موضع الشرب ليس مما يتناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستاجر والآجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما فاما ههنا فوضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر يتضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل فى البيع اذا ذكر الحقوق وان أمكنه أن يفتح الباب فيما ابتاع و يسيل ماءه فيه وفى

(قوله وأما البيع فلتمليك العين الخ) أقول مقتضى كلام المصنف ان كلاهما يعقد الانتفاع لكن الانتفاع فى الاجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشروح وأيضا ان أراد بقوله لا المنفعة انه ليس لتمليكها فقط فممنوع ولا يفيد وان أراد انه ليس لتمليكها أصلا فمسلم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضا والانتفاع بالمهر والارض السبخة ممكن على ماذكروه يدفع بان يراد المنفعة فى الحال فليتامل فان البيع من غيره ليس منفعة فى الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعنى فى الحال (قوله ووحد الضمير الخ) أقول أى وحد الضمير فى قوله يشتريه أو فى قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى

(باب الاستحقاق) ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده) فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ماذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير انما يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لابد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا (١٨٢) يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى لولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلابد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

(باب الاستحقاق) قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمرتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة مايجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ مالم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ماقضى أو بعد ماقبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام وقيل (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لابدله) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

(باب الاستحقاق)

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون

(باب الاستحقاق)

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (ببينة) استحق ولدها معها وأرشها ان كان (وان) كان (بمجرد) (اقرار) المشتري (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه (فانها كاسمها مبينة) لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يستند عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي أنه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي

القسمة لا يدخل والفرق أن المقصود بالقسمة تمييز أحد المالكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا يشركه الآخر فيه فلا يصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند التعذر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا

(باب الاستحقاق)

(قوله أن البينة حجة مطلقة) حتى تظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل وأما الاقرار فحجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لابد له من زمان ومن سبب وفي الازمان والاسباب تزاحم والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا يزاحمه زمان آخر فكان

له أما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضا مقضيا به قيل نعم تبعا كما أن ثبوت استحقاقه تبعا (وقيل) لا بل (يشترط القضاء بالولد أيضا) لانه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلابد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل فحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بان غاية مافي الباب أن يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المفسوخ لا تلحقه الاجازة واستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيأ ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا قد أقر نصا أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وماذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل أحدهما اما العين أو البدل بان يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملزوما للعدم الرضا بالبيع بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما مااستوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلابد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالبيع والا لم يأخذ وأجازه فاين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره ولا مرجو الا خيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى

تعيين ذلك الزمان أولى والنتاج أيضا سبب لا يزاحمه سبب آخر فكان تعيينه سببا أولى ولهذا قلنا لو ادعى ملكا مطلقا ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل الاول ادعى ماهو أنقص وفي الفصل الثاني ادعى ماهو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب أن لا يترجح بينة النتاج على بينة الملك المطلق لان ثبوت الملك من الاصل في النتاج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض الثابت قطعا ولا يقال بان ماذكرتم من تعارض الازمان والاسباب موجود في الاقرار ولا يقضى بالملك فيه من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تمليك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهر يده وأنه يملك انشاء سبب الملك لغيره فمن حيث انه اخبار ان كان يوجب ثبوته في الولد كما في البينة فمن حيث انه تمليك لا يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشك فاما الشهادة فاخبار من كل وجه والشاهد ان لا يملك ان التمليك من المشهود له فاعتبر اخبارا من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الاصل (قوله يثبت الملك في المخبر به) وهو

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشترى اشترنى فانى عبد له فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شئ وان كان البائع لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبى ذلك أو قال العبد ارتهنى فانى عبد وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره

واعلم أن المنقول فى أن البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ مالم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلوانى الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى الزيادات روى عن أبى حنيفة أنه لا ينتقض مالم يأخذ العين بحكم القضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ مالم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشترى فاراد المشترى نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقى الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضى فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعنى يلزم العجز عن اثبات ذلك أو المراد أن يفسخ المستحق فانه هو المالك ثم لاشك فى أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشترى بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر فى عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى انسانا (قال له اشترنى فانى عبد فاذا هو حر) أى فظهر أنه حر ببينة أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدرى مكانه (لا يرجع على العبد بشئ) من الثمن الذى قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشترى على العبد) بما دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشترى به عليه ان قدر وانما رجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر فى أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترنى ولم يقل فانى عبد لا يرجع عليه بشئ (ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتهنى فانى عبد الراهن (لم يرجع عليه) أى على العبد (على كل حال) أى سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أو لا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنهم وعن أبى يوسف أنه لا يرجع فيهما) أى فى البيع والرهن (لان الرجوع بالمعاوضة) وهى المبايعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا) مجرد (الاخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبى) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتهنى فانى عبد وهى المسئلة المذكورة ثانيا ولهما أن المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره

كون الامة ملكا له ثم قيل يدخل الولد فى القضاء بالام تبعا أى فى فصل البينة وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء أصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رحمه الله فان القاضى اذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد فى الحكم وكذا الولد اذا كان فى يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا (قوله ومن اشترى عبدا) أى شخصا على ظن أنه عبد وقد قال العبد للمشترى اشترنى فانى عبد انما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع انى عبد ولم يأمره بالشراء أو قال اشترنى ولم يقل انى عبد لا يرجع عليه بالثمن فى قولهم جميعا (قوله على كل حال) أى سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا (قوله لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة) أى الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة أو بالكفالة لما أن أنواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة وذكر شمس الائمة رحمه الله فى الجامع الصغير قول محمد رحمه الله مع قول أبى يوسف رحمه الله

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لآخر اشترنى فانى عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة واما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدرى (أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شئ وان كان الثانى رجع المشترى على العبد والعبد على البائع وان لم يقل انى عبد ليس على العبد شئ فى قولهم وان قال ارتهنى فانى عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال أى سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت وعن أبى يوسف أنه لا يرجع على العبد فى البيع والرهن لان الرجوع فى هذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شئ منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبى ذلك أو قال ارتهنى فانى عبد وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشترى اعتمد فى شرائه على أمره بقوله اشترنى واقراره بالعبودية بقوله فانى عبد اذ القول قوله فى الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشترى بذلك والمعتمد على الشئ بامر الغير

قال المصنف (وعن أبى يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيهما أى البيع والرهن ولا يخفى عليك ما فى قوله أو قال ارتهنى من جعل الشئ

واقراره

واقراره مغرور من جهته والغرور فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما فى المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد أذنت له فى التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع فى عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله أن المشترى شرع فى الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيأ لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريرا فى غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلى الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبى فانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم فى وضع المسئلة

واقراره انى عبد اذ القول له فى الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن أن يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فانى قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم فى وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط فى حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع فى حرية الاصل

واقراره) فكان مغرورا من جهته والتغرير فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان بتغريره (ضامنا) لدرك (الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال) لاهل السوق (بايعوا عبدى فانى قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا للدرك ماذاب عليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تغريرا فى عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذابا بالايطاق (وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبأ بقوله) فالرجل هو الذى اغتر قال المصنف (ثم فى وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبى حنيفة لان الدعوى) أى دعوى الحرية (شرط) فى القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فاجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما فى دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج أمه على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا فى حق الله تعالى كما فى عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون فى شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج فى القضاء بها الى الدعوى واذ لم تحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقا فى حرية الاصل ودعوى

(قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة) فامكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة على ما هو موجبه أى موجب البيع فانه يقتضى سلامته فيجعل العبد بالامر ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع للملك الحبس من غير عوض ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة (قوله حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) هذا استدلال بجواز الرهن على أن الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن وأنه حرام فلم يكن هذا غرورا فى عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لم يضمن المخبر بشئ لانه غرور

 ضرب اشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط فى حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترنى فانى عبد اما أن يدعى الحرية أولا والاول تناقض والثانى ينتفى به شرط الحرية والجواب

متمما عليه لنفسه فليتامل فانه يجوز أن يقال تقرير الكلام اما فى الرهن فبالاجماع واما فى البيع فلأن الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الحجر

أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية باعتاق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ماقاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها او بناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ماقاله (١٨٦) بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل أيضا عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لايمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لايعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعياه قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى

فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لايمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال (ومن ادعى حقا في دار) معناه حقا

الاعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لايمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (فلخفاء) حال (العلوق) فانه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها او رقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق) الزوج اياها (ثلاثا قبل اختلاعها) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهر يقضي بها له ولا يرجع على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة رجل آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على البائع لان هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في

فيما ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فانه لا يبالي باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهرا فلا يتحقق الغرور (قوله لتضمنه تحريم فرج الام) لان الشهود يفتقرون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم فرجها على من يدعي أنها ملكه وكذا ابناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى يشترط الدعوى كما في عتق الامة حتى لو خلت عن تحريم الفرج كولد المغرور وهو حر الاصل ولا يتضمن حرمة فرج الام لا يكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانعا (قوله لخفاء العلوق) فانه قد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم حرية أبيه وأمه فيقر بالرق ثم يعلم بحريتهما فيه فيدعي الحرية والتناقض فيما يجري فيه الخفاء لايمنع صحة الدعوى (قوله كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع) وانما قيد بالثلاث لانه فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن (قوله ومن ادعى حقا الى آخره) وهذه المسئلة تدل على أن الصلح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة في الساقط لا

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الام) أقول أنت خبير بان التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضا كما في تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكير الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تاويل ان يدعي وهذا مطرد في المصادر المؤنثة أو في تاويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

مجهولا

مجهولا (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء) لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والله تعالى أعلم بالصواب

يده على مائة درهم فاستحقت (الدار الا ذراعا لم يرجع) على الذي صالحه (بشيء) لتمكنه من أن يقول مرادي من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي أدعيه هذا الباقي (ولو) كان (ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على) أمرين أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لان الابراء عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة) والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بينة لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة * (فروع) * اشترى شيأ ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعها لايمنع صحة الدعوى * باع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهنت أمة في يد المشتري الاخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان * اشترى شيأ ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فيشترط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعها زهالك الثمن في يده قبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة أو بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول أظهر وأقرب الى

تفضي الى النزاع وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعى ولو أقام البينة عليه لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة

حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البدل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة) قالوا ودلت أيضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول وسيجيء أيضا في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

(فصل في بيع الفضولي) قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

الصواب وهو يناقض ماذكره في باب دعوى الدين الا أن تخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع وصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيحصل أنه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي ماجعله الاظهر أن يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاءه بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل ولو لم يترادوا لكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فابرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا أرجع بالثمن لن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ماقاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فاذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

(فصل في بيع الفضولي) مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن ادعاء أن بائعك باع ملكي بغير أمري بغصبه أو فضوله وأحسن المخارج المتمسك فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه ومالا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام لا تبع ماليس عندك قلنا المراد البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقتصرا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يارسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي

(فصل في بيع الفضولي) في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على مالا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم يصر الى واحده في النسبة كما في اعرابي وأنصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ الاصل أن العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن لها مجيز حالة العقد لا تتوقف وتقع باطلة والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه يتوقف وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقف عقد بيانه أن الصبي المحجور عليه اذا باع ماله أو اشترى شيأ أو تزوج امرأة أو زوج أمة أو كاتب عبده أو عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل أن يجيزه الولي فاجازه بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البلوغ من غير اجازة بعده ولو أن الصبي طلق امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو بغير مال أو وهب ماله أو تصدق أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحاباة فاحشة أو اشترى شيأ بأكثر من قيمته قدرا مالا يتغابن الناس في مثله أو غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه فهذه العقود كلها باطلة لا تتوقف وان أجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا مجيز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أي لان الولاية الشرعية (قوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) والقدرة اما بالملك أو

(فصل في بيع الفضولي) مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لاغير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على مالا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولو لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالولاية الشرعية

(فصل في بيع الفضولي) (قوله لان بيع الفضولي صورة الخ) أقول لان الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لان المستحق انما يستحق الخ) أقول كلمة انما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك

ولنا

ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده أما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية أحكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب أن الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما ذكر أفاد حكما موقوفا كما أن السبب البات أفاد حكما باتا وأن السبب انما يكون لغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار وأما صدوره من الاهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما المالك فلأنه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وأما الفضولي فلأن فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشتري فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجدا

ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل

فابيعها منه ثم أدخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ماليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحي عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق ماذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهما له والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا العقد ثابتا دلالة اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأي المالك فثبت بهذا القدر فاما نفاذه بلا رأيه ففيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمملوك أصلا قبله وماليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الآبق ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فانه أهله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلهذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف مالو اشترى أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والافلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغي لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تمليك) من اضافة العام الى الخاص

بالاذن (قوله ولنا أنه تصرف تمليك) هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص أي تصرف وهو تمليك وانما قيد بالتمليك احترازا عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعتاق فان الصبي اذا طلق امرأته أو أعتق عبده على

(قوله لان التمليك من غير المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصي اليتيم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق وأيضا اذا كان اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف تمليك في معنى تمليك اذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك (قوله فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاولى هو القصر على العقل على ماسيجيء في المأذون ليشمل بيع الصبي العاقل الفضولي

فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع

لحركة الاعراب والاضافة فى مثله بيانية أى تصرف هو تمليك وحركته هى اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف مجيز أى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى وأما القياس على الفضولى بالشراء ففى شراء الفضولى تفصيل ذكره فى شرح الطحاوى وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولى اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولى غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشترى فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته

مال أو بغير مال لا يتوقف على اجازة الولى ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله أو اشترى شيأ أو تزوج امرأة أو تزوج أمة فان هذه التصرفات منه تتوقف على اجازة الولى أو اجازة نفسه بعد البلوغ أما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولى بان طلق امرأة انسان أو أعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له مجيزا حال وقوعه وقد صدر من أهله فى محله أما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعا بالخطاب وأما بيان المحلية فان البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما و بانعدام الملك للعاقد فى المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالك فان قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك فى المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه قلنا الجواب عن هذا السؤال بطريقين أحدهما لا نسلم أن الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا لو أعتق المشترى ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك فى اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه فى انعقاد السبب فاما الضرر ففى زوال ملكه و بالملك الموقوف لا يزول ملكه الثابت والثانى أن السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما فى البيع بشرط الخيار والعلة لا تبطل بتأخر حكمها المانع فان أصل البيع صحيح من المالك والحكم متأخر على أصل الشافعى رحمه الله الى أن يتفرقا لانه تأخر لمانع وهو الخيار وكذلك الراهنان اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذلك الطلاق الى شهر سبب لا يقاع صحيح والحكم متأخر وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم والوجوب متأخر فى حق المسافر والمريض ولا يلزم طلاق الصبى الذى يعقل امرأته فانه لا ينعقد وان كان هو أهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والمحل موجود وهو المنكوحة لانا نقول ان الشرع ألحق الصبى بالذى لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلاة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة لان اللزوم ضرر فى نفسه فالتحق شرعا بالبهيمة والطلاق اضرار لانه ابطال ما شرع مصلحة كالهبة فلا يبقى أهلا للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق أهلا لوجوب حقوق الله تعالى (قوله وغيره وهو حقوق العبد) فانها لا ترجع الى المالك (قوله وفيه نفع المشترى) لانه أقدم عليه طائعا ولو لم يكن فيه نفع لما أقدم عليه (قوله كيف وأن الاذن ثابت دلالة)

أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمنحصر فى الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الآبق والطير فى الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له

(قوله فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع الخ) أقول وانما لم يجب لان النهى يقتضى المشروعية كما سبق لانه يجر الى فساد البيع فليتأمل

بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخى فى أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقى كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشترى له أضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولى كبيعه أولا أجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولى ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان

قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة فى يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه

أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله الاجازة) أى للمالك (اذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولى والذى خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا تصح اجازة الوارث كما سنذكر هذا فيما اذا كان الثمن دينا أى مما لا يتعين وهذا (لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وانما لم يذكر المالك لانه ذكر أن الاجازة منه وهو فرع وجوده وفى الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد فى الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشترى ليلزمه الثمن و بعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزم الاحيا والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه (واذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشترى (والثمن مملوكا له أمانة فى يده) أى فى يد الفضولى فلو هلك لا يضمنه (كالوكيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه به صار تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشترى من المشترى اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشترى من الفضولى يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث فى البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (وللفضولى) أى فى البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد

أى فى حق الانعقاد لان النفع فيه (قوله بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث أن كل واحدة منهما يثبت الحكم أو من حيث أن كل واحدة منهما رافعة للمانع فان قيل لا نسلم أن الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ألا ترى أن الفضولى اذا باع ملك الغير والمشترى من الفضولى باع من غيره ثم أجاز المالك بيع الفضولى لا ينفذ بيع المشترى من الفضولى قلنا الملك الموقوف اذا طرأ عليه الملك البات أبطل الموقوف وهنا ملك المشترى من الفضولى يكون باتا باجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذى اشتراه من مشترى الفضولى (قوله وللفضولى أن يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولى فى النكاح) أى للفضولى فى البيع الفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه وليس للفضولى فى النكاح ذلك يريد به أنه ليس له الفسخ بالقول وله أن يفسخ بالفعل بان

وقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشترى حيث أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة (قوله وله) أى للمالك الاجازة اعلم ان الفضولى اما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى الموصوف بغير عينه واما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر أن الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة فى يد الفضولى وان كان الثانى فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض أيضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد

(قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر فى مسئلة بيع الآبق اذا عاد من الاباق حيث لا يتم العقد فى ظاهر الرواية و يحتاج الى عقد جديد أنه وقع باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فما قرره هنا مخالف لذلك الا أن يكون هذا مبنيا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث

اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر محض) أي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر وتعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطروه البات على الموقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (اذا كان الثمن دينا فان كان عينا) بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين ببيع مقايضة شترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا بالعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تفيده الاجازة انه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب أو جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيأ بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشترى له أو لم يجز أما اذا أضافه الى آخر بان قال البائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث)

زوج رجلا امرأة برضاها فقبل اجازة الزوج زوجه أختها كان نقضا للنكاح الاول (قوله لانه معبر محض) حيث لا ترجع الحقوق اليه فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي (قوله ثم الاجازة اجازة نقد) أي اجازة أن ينقد الثمن من ماله (قوله لانه شراء من وجه) والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له أي اذا وجد نفاذا وأما لو لم يجد نفاذا على العاقد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشتريا الغيرهما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا أضاف العقد الى نفسه وأما اذا أضاف العقد الى الذي اشتراه له نحو أن يقول للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال الآخر بعت وقبل المشتري هذا البيع لاجل فلان أو يقول البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل الآخر لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل وأما اذا قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان وقال المشتري اشتريت نفذ الشراء على نفسه ولا يتوقف وتحقيقه أن الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي بائعا مال الغير به مشتريا بالعرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه بالتزامه بخلاف البيع لان قيامه بالبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لئلا يتضرر الغير به فاذا أجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزا انقد ما ملكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح في ضمان الشراء وان كان لا يصح

بان ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما أن للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله أن يحترز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين أي فيما اذا كان الثمن دينا أو عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز لاجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح توقف على اجازة الابن فان أجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث أجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب ففيه وفيه دفع الضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب يبطل نكاحها

في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من أحدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ بيعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد) رحمهما الله (لان الاصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان

قصدا لانه يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشروطه والشراء مشروع فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع عليه المالك بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء أحق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل (قوله في الفصلين) أي فيما اذا كان الثمن دينا أو عرضا (قوله فلا يجوز باجازة غيره) فان قيل يشكل بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث اذ لم يحل له وطؤها قلنا الامة تصرفت باهليتها الاانها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح من خواصها وانما توقف على اجازة المالك كي لا يتضرر المالك والوارث مالك كالمورث ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف (قوله لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو بقاء المبيع) فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح لان الاصل في كل موجود بقاؤه ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن بالمزيل فكان باقيا عملا بالاصل قلنا ذلك عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لا للاثبات وهنا يحتاج الى نفاذ البيع وثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظير استحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفيع

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن أجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري) قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

قال المصنف (وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه) أقول اذ الظاهر بقاء ما وجد

وقال محمد لا يجوز لانه لاعتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لاعتق فيما لا يملك ابن آدم و) لاملك ههنا لان (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق (اذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو (١٩٤) قوله (ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع الى قوله لانه لاعتق

وقال محمد رحمهم الله لا يجوز لانه لاعتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لاعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه

وجه قول محمد (أنه لاعتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لاعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط ملك الكامل (لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بـ) شرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا أجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ والا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه)

عما في يده عند انكار المشتري ملكه حيث لا يكتفى به (قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل) لقوله عليه السلام لاعتق فيما لا يملكه ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق ألا ترى أنه لو أعتق المكاتب يصح والملك في المكاتب ناقص بدليل حرمة وطء المكاتبة بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكاتب على العكس قلنا نعم كذلك الا أن الكتابة تنفسخ في ضمن الاعتاق لما أن عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وأنه لما رضي بالاعتاق بالبدل كان رضي للاعتاق بدون البدل (قوله ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) يعني أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان فأولى أن لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه (قوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه) أي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا أعتق مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى أن الغاصب اذا أدى الضمان نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمكاتب والمأذون يملكان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان فينبغي أن لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة أيضا (قوله بتصرف مطلق)

بدون الملك وقوله (ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف والمطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر وأما انه موقوف فلما تقدم وأما ان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة فصار

(قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندي معنى قوله ولهذا أي ولكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلهما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحديث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عمم العتق للنافذ وغيره يعمم الملك أيضا بلا فرق فليتأمل

بالدين فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الاول لذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب (١٩٥) أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المالك كما

فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لا انه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين

احترازعن البيع بشرط الخيار وقوله موضوع لافادة الملك احترازعن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لافادة الملك (قوله فصار كاعتاق المشتري من الراهن) والجامع اعتاق في بيع موقوف (قوله لان الغصب غير موضوع لافادة الملك) لكونه عدوانا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عند أداء الضمان كي لا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له بل هو بعرض أن يصير سببا عند أداء الضمان والعتق وجد قبله (وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق) وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا كالمشتري فيلغو وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا للضرر وضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها وغير موجود في حق الاحكام التي يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا أعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وأنه لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح أنه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب (قوله وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع) لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات

لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والملك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فيمنعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث

(قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان في الاول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن (قوله ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك

من وجهين الاول أن الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاوان طرأ الملك الذى ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشترى الذى اشترى منه وهو موقوف الثانى أن طروء الملك البات على الموقوف لو كان مبطلاله لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولى فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولى وليس كذلك وأجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشترى وعن الثانى بان البيع الموقوف غير موجود فى حق المالك بل يوجد من الفضولى والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أجاز بيع الفضولى فقد ثبت للمشترى ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان

فى محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود دفع لا منع وفى الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا فى ان طروء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقريره أما اذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن اعتاق المشترى منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال فى كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هنالك المشترى يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشترى من وقت (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك

وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما) عتق المشترى من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأى ابن يحيى البصرى فى وقفه وهو من أصحاب أبى يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشترى ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق فى النكاح الموقوف وفى التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى أن نجعله سببا فى الحال متأخرا حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجعل سببا فى الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولى معلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر فى حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما الا وقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود أولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز أن ينعقد مقصودا لصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ فى الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فالم نوقعه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضى يرجع الى أن بيع الفضولى لا ينعقد فى حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا فى ملك فيبطل كما لو باعه المشترى من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر فى نفاذ الملك لا فى توقفه وبعد فالمقدمة القائلة فى كلام

وطروء الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهى وهو أنه لا يتصور اجتماعهما أعنى الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك البات الذى يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشترى الذى اشترى منه وهو موقوف قلنا أن ثبوت الملك للغاصب ضرورى لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر فى حق ابطال ملك المشترى فان قيل الملك البات ليس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشترى موقوفا فاولى أن لا يكون رافعا لان المنع أسهل من الرفع قلنا المنع أو الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر فى حق المالك وانما ظهر فى حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا أجاز المالك بيع الفضولى فالملك البات يثبت للفضولى (قوله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منه) هذا جواب بطريق المنع لما ذكر محمد رحمه الله بقوله وكذا لا يصح

بيع أو هبة أو ارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فابطله كذا فى فتاوى التمرتاشى فى باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة الكاكى قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أى بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود دفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لا سيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما أن العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الاعتاق

العقد قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد فى يد المشترى من الغاصب وأخذ المشترى ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشترى لان الملك بالاجازة قد تم للمشترى من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما فى نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشترى من ولد وكسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقى متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولى اذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض

دون التطليق وان ثبتت الملكية لها من حين التفويض حكما للاجازة وأجيب عن الاول بان الملك فى المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهى تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله فى ملكه وعن الثانى بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شئ يجب أن يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولى معلقا بالاجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أى كون الارش للمشترى حجة على محمد فى عدم تجويز الاعتاق فى الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشترى شئ من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما فى الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر أى الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشترى لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعنى لا ينفذ اعتاق المشترى فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا فى النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش يعنى ان اعتاق المشترى من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل

قال (فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشترى) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له أن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد فى الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالارش للمشترى

محمد أن المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور ومنع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أى عند المشترى من غاصبه وحاصل وجود هذه المسألة المذكورة أن من غصب عبدا فباعه فاما أن يعتقه المشترى من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب واما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشترى من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذى يلى هذا الفرع واما أن لا يكون شئ من ذلك ولكن مات فى يده أو قتل ثم أجاز فهى أربعة فروع تتفرع على اجازة بيع الغاصب أولها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشترى منه وهى التى فرغ منها والثانى ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشترى من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع فى ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت فى يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغاصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر فى المتصل لا المنفصل ثم اعتاق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان والمنع هو الاصح وفى المبسوط وأما اذا أعتقه المشترى ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضا هكذا ذكره هلال رحمه الله فى كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم هنالك يملك المشترى من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب فى كسبه ولهذا لم ينفذ اعتاق الغاصب فكذا اعتاق من تلقى الملك من جهته وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشترى من وقت العقد فلهذا انفذ عتقه (قوله فان قطعت يد العبد) أى فى يد المشترى من الغاصب وفى المبسوط وكل ما حدث للجارية عند المشترى من ولد أو كسب أو ارش جناية وما شابهها فهو للمشترى لان عند اجازته ينفذ ما العقد ويثبت الملك للمشترى من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد وانه كان تاما فى نفسه لكن امتنع

(قوله وقيل بخلاف الاعتاق) أقول القائل هو الاتقانى (قوله وهذا أقرب) أقول أى معنى وان كان أبعد لفظا

وهذا أقرب و يتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل فى ضمانه لان ارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا (١٩٨) يطيب الربح الحاصل به وفى الكافى ان لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد

بخلاف الاعتاق على ما مر (و يتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه لم يدخل فى ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك

(يتصدق) هذا المشترى (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أى ما زاد على نصف الثمن (لم يدخل فى ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدمى نصفه والذى دخل فى ضمانه هو ما كان فى مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لان أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل فى ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لان الملك فى الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك فى الزوائد ينبغى أن يتصدق بالكل لان فى الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور فى بيان شبهة عدم الملك فى الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن الا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفيد شيأ ووزع فى الكافى الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود أى الملك حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشترى من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف (وهذه) أى هذه المسئلة وفى بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعنى كون الارش للمشترى حجة على محمد فى عدم تجويزه اعتاق المشترى من الغاصب اذا أجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق فى ملك موقوف وهذا استحقاق أرش مملوك بملك موقوف (والعذر له) أى جوابه بالفرق (بان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم) عجز (رد فى الرق فان) الارش للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا اذا قطعت يد العبد فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشترى بخلاف الاعتاق على ما مر) حيث لا يكفى فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله

ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة يثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء فتبين أن الزوائد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضيخان رحمه الله واذا صحت الاجازة كان القطع حاصلا فى ملك المشترى فيكون الارش له ثم قال وهذا بخلاف ما اذا غصب من آخر عبدا فقطعت يده وأدى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الارش للغاصب وان ملك المضمون عند أداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك فى المضمون مستندا لمكان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر فى المنفصل أما البيع فسبب موضوع للملك فجاز أن يعمل فى المتصل والمنفصل (قوله بخلاف الاعتاق) أى لا ينفذ اعتاق المشترى فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعنى أن الخيار يمنع البيع من كونه سببا للملك فى الحال فلا يملك المحل أصلا اذ الملك انما يثبت بالسبب أما صفة التوقف يجعل العقد كالمضاف الى ما بعد الاجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا فى الحال (قوله و يتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه لم يدخل فى ضمانه أى ان كان القطع قبل القبض لان المبيع اذا لم يكن مقبوض المشترى لا يكون فى ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن (قوله أو فيه شبهة عدم الملك) أى اذا كان القطع بعد القبض لان الملك غير موجود حقيقة وقت

على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين فى الكتاب على الاعتبارين قال (فان باعه المشترى من آخر الخ) يعنى ان باع المشترى من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولى أيضا لانه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولى موقوفا وأجيب بان غرر الانفساخ فى بيعهما عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فيما النظر الى الغرر يفسد و بالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لان الصحة فى العقود أصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار النزول اجماعا وهو أن لا يصح بيع أصلا لا سيما فى المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه قال

قال (فان باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى) لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال (فان لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشترى ثابت فأمكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

(فان باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أى بيع الغاصب (لم يجز البيع) أى بيع المشترى من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعنى قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول) اى بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فانه) أى الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشترى لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روى عن أبى حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولى مطلقا غاصبا أو غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة أجيب بان هناك معارضا الغرر والانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا فى البيع الثانى لانه لم يملكه المشترى الاول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا فى المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذى لم يشبه نفع وفرق العتابى بغير هذا بين اعتاق المشترى من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة و بين بيع المشترى من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة بان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشئ من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انهاء فكان ضدا محضا لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشترى اذا أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشترى و) لكن (مات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا فى الموت ظاهر وأما فى القتل فلم لم يعتبر ايجاب البدل للمشترى بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الاجازة كما فى البيع الصحيح

القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه (قوله لما ذكرنا) يعنى أن الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف أبطله كما لو اشتراه الغاصب أو اتهبه يبطل بيعه بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه لان باداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئا ولان فيه غرر الانفساخ اذ نفاذ هذا البيع معلق بنفاذ الاول ونفاذ الاول معلق باجازة المالك وهو ربما يجيز العقد الاول وربما لا يجيز فان أجاز نفذ العقد الثانى والا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض وبيعه لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين أنه مال الغير على أنه روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فان قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتر به و بيع الفضولى أيضا لانه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما و يحتمل أن لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الفضولى والغاصب موقوفا قلنا صح بيع الفضولى موقوفا لما ذكرنا أن فيه نفعا للمالك حيث يكفى مؤنة طلب المشترى الى آخره فرجحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفا ومثل هذا النفع لا يوجد فى البيع الثانى لانه لم يملك المشترى الاول حتى يطلب مشتريا فتجرد البيع الثانى عرضة لغرر الانفساخ (قوله بخلاف البيع الصحيح) فانه اذا باع عبدا صحيحا ثم قتل فى يد البائع لا ينفسخ

اذا المشترى الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى ان البيع قبل القبض فى المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح قال (فان لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل) أى فان لم يبعه المشترى من الغاصب فمات فى يده أو قتل ثم اجاز المالك البيع أى بيع

(قوله اذا المشترى الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول فيه تامل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فان الشراح صرحوا فى كتاب الاكراه ان المغصوب منه اذا أجاز بيعا من البيوع لو تناسخت المغصوب العقود نفذ ما أجازه خاصة ولو لم ينعقد لما نفذ قال المصنف (فان لم يبعه المشترى فمات فى يده) أقول قال الاتقانى لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير ولكن ذكرها فى شروحه وصاحب الهداية أيضا ذكرها تفريعا انتهى فلا يكون قوله قال محمد فى محله لما ذكره الاتقانى نفسه فى أول باب الوطء الذى يوجب الحد ان كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمدا أو القدورى

الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا
يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبدل بخلاف
البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت بات فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع

قائما بقيام خلفه وهو القيمة أو المشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير امره فقال المشتري ارد البيع لانك بعتني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (فاقام المشتري البينة) أن رب العبد أو البائع أقر انه لم يامر البائع ببيعه (لا تقبل بينته) لانها تبتني على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة (وان أقر البائع بذلك) أي بانه باعه بغير أمره (بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار) ألا ترى أن من أنكر شيأ ثم أقر به صح اقراره الا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض وذكر المصنف رحمه الله مسئلة الزيادات نقضا على العبد مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع انه أقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وان تناقض في دعواه

قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يامره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى (وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان

اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن و يرجع ببدل العبد على قاتله و بين أن يفسخه فيصير الى البائع فدار الفرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يامره مالكه ببيعه أو اقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يامره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا أن الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون انقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد بفسخ القاضي أنه يمضي اقرارهما الا أن الفسخ يتوقف على القضاء وفرعوا ان صاحب العبد اذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له و يبطل عن المشتري الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للآمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكر في الزيادات) الى آخره صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان أقر بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها له لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره فرق بين هذا

العقد لثبوت الملك عند القتل فامكن ايجاب البدل له فيعد المبيع قائما لقيام خلفه (قوله وان أقر البائع بذلك عند القاضي) انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا أقر عنده لانه لا يسمع البينة عليه للتناقض في الدعوى (قوله وذكر في الزيادات أن المشتري اذا صدق مدعيه) ذكر محمد رحمه الله في الزيادات رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها ونقد الثمن ثم أقام البينة على اقرار البائع أن الجارية لفلان وفلان

قال (وفرقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (بان العبد في هذه المسئلة) أي في مسئلة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى

والاولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك و يشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد و بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره

العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البينة انها للمستحق لا رجوع على البائع لا يلتفت اليه لانه مناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع و بصحة البيع و بهذه البينة ناقض فرق بين هذا و بين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة انه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به وفرق أما في مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد و التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانهما مما قد يخفى على المتناقض المدعي بها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته وأما في مسئلة المأذون فبانه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم مسئلة الاستحقاق لو أقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا تصديق الخصم و يجوز أن تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعي تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا و بين مسئلة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل بينة المشتري على اقرار البائع انه لم يامره كما لا تقبل على دعواه أنه لم يامره بانه وضع

يدعيها قبلت بينته ولا فرق بينهما سوى أن البائع هنا أصيل وهناك وكيل وفرقوا أن العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه وقال بعض مشايخنا انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير فيما اذا أقام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدامه على الشراء ينفي اقرار البائع قبل البيع أنه للمستحق فصار متناقضا والتناقض لا تصح دعواه ولا تسمع بينته

(قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وما قيل الى قوله يجاب عنه بان المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذكور في الخبازية وزيادات قاضيخان ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قيل ان التناقض الخ (قوله متناقضا من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

المسئلة فى الجامع فيما اذا كان المبيع فى يد المشترى فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا حق الرجوع وفى الزيادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشترى فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال فى مسئلة المأذون المبيع فى يد المشترى ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بان وضع مسئلة الزيادات أيضا فى أن الجارية فى يد المشترى كما سمعتك فالاولى ماذكر فى الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسئلة الجامع محمولة على أن المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام المشترى على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته و يبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما فى شرح الزيادات ما لو قال المشترى للقاضى سل البائع أن الامة للمستحق أو ليست له أجابه القاضى الى ذلك لانه يدعى أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيساله القاضى فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب المشترى تحليفه أجابه القاضى الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا جحد يستحلف كما فى سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما فى المأذون اشترى عبد شيأ ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فأراد العبدان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان أقر به البائع يلزمه وذكر فى الجامع أن المشترى لو أراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه منى لم يكن له ذلك وان أقر به البائع يلزمه والجواب أن فى مسئلتنا المشترى غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد و بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا فى حق البينة ولم نجعله مناقضا فى حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا فى حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضا فى حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة المأذون لان العبد منكر لحكم العقد أصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه و بخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع فى يد المشترى فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف فى الفرق قال ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشترى بذلك أو استحلف فنكل وقضى القاضى بحريتها لم يرجع المشترى على البائع أما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجرى فى دعوى الرق فى قول أبى حنيفة وعندهما يجرى الا أن اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابى المشترى اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشترى لان الظاهر شاهد له فلو أن المشترى أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته و يرجع عليه بالثمن فرق بين هذا و بين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض فى فصل الحرية لانه فيما يظهر ببينته انه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفى انعقاد العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو

ومو ضوع الزيادات فيما اذا أقام بينة على اقرار البائع بعد البيع أنه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفى

قال

قال (ومن باع دار الرجل وأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

قبلنا بينة المشترى انها للمستحق لا يظهر ببينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض و يصير مكذبا شهوده ساعيا فى نقض ما تم به والوجه الثانى انه مناقض فى الفصلين الا أن هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البينة انها أخته من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه أعتقه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع أرضا ثم أقام بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر أبو بكر الرازى رحمه الله انما تقبل بينة المشترى انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول أبى حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فاقر المشترى بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشترى البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته و يرجع عليه بالثمن لانه يثبت ببينته أنها لم تدخل فى العقد فكان مدعيا الدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق (قوله ومن باع دار الرجل) أى عرصة غيره بغير أمره وفى جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما أدخلها المشترى فى بنائه فكذبه المشترى (لم يضمن البائع عند أبى حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) هل يتحقق أولا عند أبى حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن *(فروع)* تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولى من رجل و زوجها منه فضولى آخر فاجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجاها من رجل فاجيزا بطلا ولو باعاها من رجل فاجيزا تنصف بينهما و يخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولى وآجره آخر أو رهنه أو زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع و يبطل غيره لان البيع أقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولى وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها الا انها لازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولى عبدا و بيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوى البيع فى افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرضى رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الاجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لان النقود لا تتعين فى المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار فى بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلو وصل الى المالك بوفاء الدين أو الابراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجيزا فللمشترى خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبى يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر وفى المرتهن اختلاف المشايخ وفى مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو أجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه أخلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبى

اقرار البائع بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته والله أعلم

وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه قال (ومن باع دار الرجل) قيل معناه باع عرصة غيره بغير أمره (وأدخلها المشترى فى بنائه) قيل يعنى قبضها وانما قيد بالادخال فى البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أى قيمة الدار (عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) على ما سياتى

(باب السلم)

يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشترى مقام البائع فى الدعوى وعن أبى حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشترى ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شئ قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبى المحجور الذى يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضى وكذا الذى بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء فى الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشترى لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

(باب السلم)

تقدم أن البيع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو ثمن بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط فى المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط فى الآخرين ففى الصرف قبضهما وفى السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بالتدريج وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعنى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم فى زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام فى الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعى بيع آجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى كذا ويذكر باقى الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك الى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه عسر الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك الى كذا وبعتك الى كذا فى البيع مع باقى الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع الى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المصنف شرائطه وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه فى الثمن ولرب السلم فى المسلم فيه الدين الكائن فى الذمة أما فى العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما فى الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر فى الشرع كأن الثمن يسلفه المشترى للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كأنه هو واذا لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة فى أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توانه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل

(باب السلم)

هو أخذ عاجل بآجل واختص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان أوان البيع بعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد والسلم انما يكون عادة بما ليس بموجود فى ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمى سلما وسلفا وهو مشروع بالكتاب فقد قال ابن عباس رضى الله عنه أشهد أن الله تعالى أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه والسنة وهو قوله عليه السلام ورخص فى السلم واجماع الامة والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم أحق ولكنا تركناه بما ذكرنا ويصح بلفظ البيع بأن يقول اشتريت منك كر حنطة صفته كذا بكذا الى كذا على أن توفيه فى مكان كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه عقد خاص يثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل عنه ولنا أن كل

(باب السلم)
لما فرغ من أنواع البيوع التى لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن وفى اصطلاح

(باب السلم)

الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل قيل فهو بالمعنى اللغوى الا أن فى الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بأن يقول رب السلم لآخر أسلمت اليك عشرة دراهم فى كر حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جوازه سيذكر فى أثناء كلامه ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع ودل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بأن من حق الاجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أى فى السلف على تأويل المداينة (أطول آية فى كتاب (٢٠٥) الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به وانما عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقررة للسلف كما فى قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا ومعناه الواجب فى الذمة وأما السنة (فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس يأبى جوازه) لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال (وهو جائز فى المكيلات والموزونات) السلم جائز فى المكيلات والموزونات (لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من أسلم شرطية وهو لا يقتضى الجواز كما فى قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فأنا أول العابدين

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية فى كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس أنه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز فى المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم

الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعنى السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم فى المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبى حسان الاعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله فى الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعى فى مسنده والطبرانى وابن أبى شيبة وعزاه بعض متأخرى المصنفين الى البخارى وهو غلط فانه لم يخرج فى صحيحه لابى حسان الاعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه فى بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهى صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمعا بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) الا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم) وان كان فى شرح مسلم للقرطبى ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذى يظهر أنه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذى حسن صحيح وتقدم والرخصة فى السلم رواه الستة عن أبى المنهال عن ابن عباس قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون فى الثمر السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلف فى شئ فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفى البخارى عن عبد الله بن أبى أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف

واحد منهما تمليك مال بمال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله والسلف المضمون) أى السلم الواجب فى الذمة وهو صفة مقررة لا مميزة كما فى قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا

(قوله أخذ عاجل بآجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل هو عدم التغير الا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الراد الاتقانى (قوله ولو قيل بيع آجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتقانى (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول ان أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا معتبر به فى نفى تناوله لما عدا ذلك السبب فسلم ولا يفيده اذ لا ينازع أحد فى تناوله للسبب وان نوزع فى تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة الى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روى عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله (قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجوب الوصف شرعا يتضمن جواز موصوفه شرعا هذا هو

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيسل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة فى العقود للمعانى والاول أصح لان التصحيح انما يجب فى محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشترى فان المشترى يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لابد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشترى والبائع قد يكون له حاجة فى الحال الى السلم وقدرة فى المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المآلية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقل الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالابتياع بثمن مؤجل وأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا فى الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذى فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذى لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه عين نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلى فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا فى مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أى فرق الى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت فى الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود فى الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس فى كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفى أنه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله (والمراد بالموزونات) أى التى يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل وان أسلم غيرها من العروض ككر حنطة أو ثوب فى عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لابد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا فى الكر والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبى بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابان أصح لان تصحيح العقد انما يكون فى المحل الذى أوجب المتعاقدان البيع فيه لا فى غيره وهما لم يوجباه الا فى الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارهما بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان فى غير محله الا أن الاول عندى أدخل فى الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضى وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح فى أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضى ان المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبار التحصيل غرضهما ما أمكن (قوله

ولا طائر يطير بجناحيه وقوله عليه السلام ما أبقته الفرائض فلاولى رجل ذكر (قوله ثم قيل يكون باطلا) وقيل ينعقد بثمن مؤجل هذا الاختلاف فيما اذا أسلم الحنطة أو غير ذلك من العروض فى الدراهم أو الدنانير قال عيسى بن أبان رحمه الله يكون عقدا باطلا وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بيعا بثمن مؤجل أما لو كان كلاهما من الاثمان بان أسلم عشرة دراهم فى عشرة دراهم أو فى دنانير فانه لا يجوز بالاجماع (قوله ولا يمكن) لان الدراهم والدنانير قط لا يكون مبيعا لانهما خلقتا ثمنا والمسلم فيه مبيع (قوله

قال

فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم فى الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه فى المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار فى العقود للمعانى) والاول قول عيسى بن أبان والثانى قول أبى بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض فى الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم وأما اذا كان كلاهما من الاثمان بأن أسلم عشرة فى عشرة دراهم أو فى دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى أصح لان التصحيح انما يجب فى محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه فى المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه فى الحنطة تصحيح

مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف نعلم بطريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك الا بعد الجواز ولا شبهة فى الآية الكريمة

قال (وكذا فى المذروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير

وكذا فى المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها) أى من هذه الثلاثة للضبط الذى هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط الصحة للسلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم فى المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا بين الطول والعرض وفى الايضاح يحتاج الى بيان الوزن فى ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا فى عرفهم وفى عرفنا ثياب الحرير أيضا وهى المسماة بالكمخاء كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغى أن لا يصح السلم فى غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر فى النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع فى سياق النهى وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل فى المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه فى منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته كما ان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بغير أجل وكون المذكور فى الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم فى المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلم فى شئ يعنى من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفى كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجى فانبسط بفطنة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالآجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالآجل وهى ثابتة من القزازين فى المذروع كما فى أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول فى أثناء الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم فى المذروعات بالدلالة أعنى دلالات النصوص المتضمنة للسبب ان سمعها فان قيل فى المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس فى الصنعة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما أن المكيل أيضا لا يكفى فى صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لابد أن يذكر الاوصاف معه فتامل هذا التقرير فان فى غيره خبطا والله أعلم (قوله وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض) أى يجوز السلم فيها عددا (لان العددى المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا (والصغير والكبير

وكذا فى المذروعات) نحو الثياب والبسط والحصر والبوارى فان قيل ينبغى أن لا يجوز السلم فى المذروعات لان

كما فى المذروعات (فجاز السلم فيها الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ) أقول هذا منع لا يضر

أى وكجواز السلم فى المكيلات والموزونات جوازه فى المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات فى مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشئ انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من أسلم منكم الحديث فبقى ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة (وكذا فى المعدودات المتقاربة وهى التى لا تتفاوت) آحادها (كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا

فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا و بتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا

فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب وهو مروي عن أبي يوسف وعليه عول المصنف أعني ان ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شئ منها عددا للتفاوت في المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها الا بذكر مميزات وأجازوه في الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقالب خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه بالاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت و يشترط مع العدد بيان الصفة أيضا فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة انه منعه في بيض النعام ادعاء لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يتبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكما يجوز عددا في العددي المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بمكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته وأما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر في العد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما يبقى بين كل جوزتين و بيضتين من التخلخل قلنا قد علمناه و رضي رب السلم فانما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمتنع ذلك في أموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا أجزناه كيلا فوزنا أولى (قوله وكذا في الفلوس عددا) أي يجوز السلم في الفلوس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع

السلم يثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم والنص ورد في الكيلي والوزني وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما أن قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم انما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار امكان التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية كما تتحقق بالكيل كذلك تتحقق بالذرع فيجوز السلم في المذروعات بطريق الدلالة فان قيل انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ينفي الحاق المذروع قلنا العام من الكتاب اذا خص لا يبقى الباقي حجة عند الحسن فكيف في السنة وعلى القول المختار وان بقي حجة لكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس وخبر الواحد ولا شك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود والكفارات بالدلالة ولم يثبت شئ من ذلك بالقياس وخبر الواحد ذكر في الايضاح وانما جوزنا السلم في الثياب استحسانا لانها مصنوع العبد والعبد يصنع بآلة واذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع

سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض (بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها أي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما

وقيل

في اهداره والاصطلاح على كونه كيليا (قوله وكذا في الفلوس عددا) ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أي لا يجوز السلم في الفلوس لانها أثمان والسلم في الاثمان لا يجوز واهما

وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي

من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربا لانها أثمان وهذا ما أراده المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا فاذا أقدما على السلم فقد تضمن ابطالهما اصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنيا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد الا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى فلانه يصير معلوما) أي منضبطا (ببيان الجنس) كفرس أو ابل أو عبد (والسن) كابن مخاض أو عشار (والنوع) كعربي و بختي وحبشي (والصفة) كأحمر وأسمر وطويل أو ربعة (والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالاجماع والا لم يصح سلم أصلا فان الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه و بين المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى وان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو ابن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده الى أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من

فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت قد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات ألا ترى أن الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا أوجب عليه الضمان (قوله وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان) وهذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلس بالفلسين في أعيانهما ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا واقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمنا ما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين (قوله ببيان الجنس) نحو الابل

ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالهما باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو اما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمين والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبه الثياب

وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى أجل وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض

الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد

رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر أبارافع ان يقضى للرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال أعطه اياه ان من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان فى الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة وفى رواية بأربعة أبعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كأنها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدى زوجها حتى كأنه ينظر اليها فقد جعل الموصوف كالمرئى وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية فى الذمة وأثبت مهرا فى الذمة وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف فى الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت فى حسن الشيمة والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين (بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة فاذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى فى غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه الله (قلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد) يريد انهما يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت أصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل أعنى قل اذا كف بما استعمل للنفى كقوله وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه أراد قلة التفاوت وجب ان تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما فى قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن أبى حبيب وقدم أباسفيان على مسلم ابن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطنى ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبى حبيب عن أبى حبيب عن مسلم عن أبى سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبى سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر ابن أبى شيبة فأسقط يزيد بن أبى حبيب وقدم أباسفيان كما فعل جرير بن حازم الا أنه قال فى مسلم بن جبير مسلم ابن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكرا ولا أعلمه فى غير هذا الاسناد وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان فى صحيحه عن سفيان عن معمر عن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطنى والبزار قال البزار ليس فى الباب أجل اسنادا من هذا وقول البيهقى انه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعى رحمه الله ان حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبرانى فى معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقى أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذى له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وأيضا اعتضد بالموصول السابق أو المرسل الذى يرويه من ليس يروى عن رجال الآخر وحديث آخر أخرج الترمذى عن الحجاج بن ارطاة عن أبى الزبير عن

والسن نحو الجذع والثنى والنوع نحو البختى والعربى والصفة نحو السمين والهزيل بان يقول بعير بختى بنت

وانما ان بعد ذكر الاوصاف التى اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فقد يكون فرسان متساويان فى الاوصاف المذكورة و يزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان فى دار الحرب ولا ربا بين الحربى والمسلم فيها وتجهيز الجيش وان كان فى دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها فى دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا فى ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل أنه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك

(قوله فنقل الآلات كان من دار الحرب الخ) أقول يعنى الآلات المهمة فى تجهيز جيش الاسلام من الخيل والجمال وغيرهما فكان الامر لعمر شراءها منهم

وقد

وقد صح ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم فى الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال

جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد قال الترمذى حديث حسن كأنه للخلاف فى الحجاج بن ارطاة وحديث آخر أخرجه الطبرانى عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخارى مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع انه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسين بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبى خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهى فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييد للاعم فانه أعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم فى الحيوان) هو ما أخرجه الحاكم والدارقطنى عن اسحق بن ابراهيم بن جونى حدثنا عبد الملك الذمارى حدثنا سفيان الثورى عن معمر عن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين ابن جونى فيه نظر بعد تعدد ما ذكرنا من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجية بمعناه لما عرف فى فن الحديث وكذا يجب أن يرجح على حديث أبى رافع ان صح لانه أقوى سندا أعنى حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفى الباب أثر أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلدة البكرى مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيبانى فى قلائص فلما حلت أخذ بعضا وبقى بعض فاعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يسترفقه فقال عبد الله أفعل زيد فقال نعم فارسل اليه فسأله فقال عبد الله أردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا فى شئ من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يريد بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروى عنه بواسطة علقمة أو الاسود الا أن هذا غير قادح عندنا خصوصا من ارسال ابراهيم فقد تعارضت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله لهم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك فى أن هذا انما تحصل به المعرفة وكلامنا فى انه ينتفى معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلخوف الفتنة على السامع وهى لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته فى الذمة فى المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجرى فيه المساهلة بخلاف ما قوبل بمال فانه تجرى فيه المشاححة فجرينا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت فى الذمة لما يجرى فيه من المشاححة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيهما ولقائل أن يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ما ذكر من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغى أنه لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار و بعده تجرى المنازعة فى أن أخلاقه ما هى وفى تحريرها فالمفزع فى ابطال السلم فى الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبى عمرو قال قلت له انما لا يجوز فى الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا لانا نجوز السلم فى الديابيج ولا يجوز فى العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيج ولكنه بالسنة وفى

مخاض جيد أو عبد تركى ابن عشرين سنة جيد (قوله حتى العصافير) جواب سؤال بان يقال السلم فى الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه والتفاوت فى العصافير غير معتبر بينهم فينبغى أن يصح السلم

(قوله وقد صح) يجوز أن يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش فى المعانى الباطنة لا يوجد فى العصافير والحمامات التى تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز أن يكون عندكم وتقريره أن عدم جواز السلم فى الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز فى الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهى عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر فى أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس ابن عرقوب فى قلائص معلومة فقال ابن مسعود أردد مالنا لا تسلم أموالنا وهو دليل على أن المنع لم يكن لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان

(ولا في أطرافه كالرؤس والاكارع) للتفاوت فيها اذهو عددى متفاوت لامقدر لها قال (ولا في الجلود عددا

مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولار حجان أخذه يقام مقام الموجود بخلاف السمك الطرى لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدروى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرنا عمومه وجب أن لا يجوز فان قيل فالسمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطرى في المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في اطرافه) أى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والاكارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الدواب قيل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذا بعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهى تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه أنها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغيره لانتفاء المقدر وعندى لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقى الشروط كان الاكارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يزاد أنها رؤس عجاجيل أو أبقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (ولا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والجوالق والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا لكميته ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم بان يقول طائفى أو برغالى وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا أن يغنى ذكر نسبته عن قدره كورق حموى وفي الجواليق طوله وسعه وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك) بأن يبين طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى ان لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز بهذا العد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعى كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل بنحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلى لما عرف في باب الربا أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كى لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتى الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيخان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهى الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه وأما الجرز بكسر

فيها فاجاب بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان (قوله ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها) فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع معتبر فيما بين الناس عما كسون فيه ولو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه (قوله ولا في الجلود عددا) أى في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوان وجلوده عددا لقلة التفاوت

لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم وأما الدليل على ذلك فهو السنة قال (ولا في أطرافه كالرؤس والاكارع) والكراع مادون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددى متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها اتباع عدا وهى عددية فيها الصغير والكبير فيفضى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه أنه عددى فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة أنه ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ

(قوله لا يقال في كلام المصنف تسامح) أقول يعنى في قوله في الحيوان ثم أقول فيه شئ الا أن يقال في قوله تسامح تسامح والمعنى في كلام المصنف اعتراض (قوله لان ذكر ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا يتوهم

(ولا في الحطب حزما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاى وهى القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما نشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما أن يكون موجودا من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلا أو موجودا عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجودا فيما بينهما ومعدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثانى فاسد بالاتفاق والثالث كذلك

ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعى رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل

الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جزة وهى الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمى من الحلول (حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعى (وقال الشافعى) ومالك وأحمد واسحق (اذا كان موجودا عند المحل جاز) وان كان منقطعا وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفى المدرك الشرعى يكفى لنفى الحكم الشرعى ولهم أيضا اطلاق الحديث المتقدم أعنى أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعى فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعى وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي اسحق عن رجل نجرانى قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيأ ذلك العام فقال المشترى أؤخرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

(قوله ولا في الحطب حزما) أوأوقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك فهو جائز كذا في المبسوط (قوله ولا في الرطبة جرزا) بتقديم الراء المهملة على الزاى المعجمة وهو القبضة من القت ونحوه أو الحزمة لانها قطعة من الجرز وهو القطع ومنها قولهم باع القت جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب وأما الجزز بكسر الجيم والزاءين المعجمتين جمع الجزة وهى الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه (قوله اذا كان على وجه لا يتفاوت) أى بالشد نحو العصا أما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل) هذه المسئلة على وجوه أربعة ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن أيدى الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد موجودا في أيدى الناس عند المحل أو كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وان كان موجودا وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقا وحد الانقطاع هو أن لا يوجد في السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في

والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعى والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعى له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعى فانه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذى يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز وأجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بان وجوده كالنصاب ووجوده لا ككماله

(قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجودا عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجودا عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

فلابد من استمرار الوجود فى مدة الاجل ليتمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

للبائع أخذ من نخلك شيأ قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا فى نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه أولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رأيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهى و يدل عليه ما أخرج البخارى عن أبى البخترى قال سألت ابن عمر عن السلم فى النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز وسألت ابن عباس رضى الله عنهما عن السلم فى النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين فى العلم والتتبع انهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فاما العدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما الا غير احداث قول ثالث أونقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة التحصيل شيأ فشيأ فى مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات أرأيت المسلم اليه فى الجلود أيذبح عند حلول الاجل ألف رأس ليعطى جلودها لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب والاحطاب والاعسال والمشاهد فى بعض من له نخل أوزيتون أن يأخذ أكثر مما يحصل له ليعطى ما يخرج له ويشترى الباقى وكثير يأخذون ليستربحوا فى رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب فى اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذى يفسد العقد ان لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد فى البيوت ذكره أبو بكر الثلجى وتواردوا عليه وفى مبسوط أبى الليث لو انقطع فى اقليم دون اقليم لا يصح السلم فى الاقليم الذى لا يوجد لانه لا يتحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم فى الرطب ببخارى لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أى حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده) وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعى ورواية عن الكرخى للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض فى المبيع المعين فان الشئ كما لا يثبت فى غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (على شرف الزوال) فيتخير المشترى (كما لو أبق المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهى باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف مبيع العين فان بهلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت

الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على أن القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبى عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة وعلى أن الوجود معتبر من حين العقد الى حين المحل (قوله ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار) وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس المال (قوله للعجز عن تسليمه) فصار كما لو هلك المبيع فى بيع العين (قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال) بان يصبر الى أن يوجد وبه فارق الهلاك فالمعقود عليه فى البيع عين ثم فات أصلا وفى

ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك (قوله ولو انقطع بعد المحل) يعنى أسلم فى موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده (لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض) فى بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه فى السلم هو الدين الثابت فى الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق وفى قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع فى العجز عن التسليم وفى ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه أن العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا

فلك

قال (ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير فى السلم فى السمك الطرى الا فى حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع فى زمان الشتاء حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى لحم الكبار منها وهى التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم عند أبى حنيفة قال (ولا خير فى السلم فى اللحم عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا

فى الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هى أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره فى الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار أوانا معلوما وكذا لغيرها أوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بان يقول بورى أو راى وفى أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت) فى التحفة وأما الصغار فيجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطرى والمالح وفى المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذى فيه الملح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر وهذا الاستدراك انه ليس برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافى قول المغرب الا فى لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح ومليح ولا يلتفت الى قول الراجز * أطعمها المالح والطريا * ذاك مولد لا يؤخذ بلغته وأما الطرى فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع فى بعض السنة كما قيل انه ينقطع فى الشتاء فى بعض البلاد فلا ينعقد فى الشتاء ولو أسلم فى الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير فى السلم فى السمك الطرى الا فى حينه يعنى أن يكون السلم مع شروطه فى حينه كى لا ينقطع بين العقد والحلول وان كان فى بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت فى آحاده وعن أبى حنيفة فى الكبار التى تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم فى لحمها اعتبارا بالسلم فى اللحم فانه يمنع السلم فى اللحم وعن أبى يوسف منع السلم فى الكبار وزنا مع اجازته فى اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتاتى فى السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد فى قوله فى حينه لان الاصطياد يتحقق فى كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود فى بعض البلاد وفى بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد لبرد ما ذكره (قوله ولا خير فى السلم فى اللحم) وهذه العبارة تاكيد فى نفى الجواز كقوله لا خير فى استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأى تحرزا عن القطع فى حكم الله تعالى بالرأى بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها فى الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بان حكم الله فى حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا وخصيا وسمينا بعدان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب

السلم المعقود عليه دين فى الذمة وهو باق لبقاء الذمة (قوله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) وفى الذخيرة وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بين الجنس بان قال شاة أو بقرة وبين السن بان قال جذع أو ثنى وبين النوع بان قال خصى أو فحل وبين صفة اللحم بان قال سمين أو مهزول وبين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة أمناء فالجهالة تنعدم بهذه الاشياء (قوله ولهذا يضمن بالمثل) أى عند الاتلاف ايضاح لقوله موزون مضبوط الوصف وكذا قوله ويصح استقراضه وزنا لان الاستقراض لا يصح الا فى المثليات ويجرى فيه ربا الفضل لعلة الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان

قال (ويجوز السلم فى السمك المالح الخ) السلم فى السمك لا يجوز عدا طريا كان أو مالحا للتفاوت ووزنا اما أن يكون فى المالح أو الطرى فان كان فى المالح جاز فى ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان فى الطرى ان كان فى حينه جاز كذلك وان كان فى غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان فى بلد لا ينقطع جاز وروى عن أبى حنيفة انه لا يجوز فى لحم الكبار التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم فى الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة وهو المقدد الذى فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز بصرية تزوجت بصريا * يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرنوخى كفى بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خير فى السلم فى اللحم) خير نكرة وقعت فى سياق النفى فتفيد نفى أنواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز السلم فى اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل فان قيل لحم

الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تأمل لانه ان
لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل

ويجرى فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به

مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع أبي حنيفة فيما اذا أطلقا السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم انه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا اجاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالاجماع (بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه) لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه اذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أوراكا أو غير الصدر أو ينص على صدرها أو وراكها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا الاختلاف اغراض الناس ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للمشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه جريان المماكسة بين البائع والمشتري في العظم حتى ان المشتري يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الاصح) لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احداهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أي قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله به) أي بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معاين

مضبوطا فيصح السلم فيه كما في الالية والشحم (قوله بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه) أي من لحم الطيور لان عضو جنس الطير قليل ولا يشترى لحم العضو عادة (قوله أو في سمنه وهزاله) والسمن والهزال درجات متفاوتة فلا تضبط المالية بذكرهما (قوله وهو الاصح) لجواز أن يكون معلولا بعلتين فعدم أحدهما لا يدل على عدم الجواز (قوله وكذا الاستقراض) أي ممنوع أيضا ولئن سلم فالمثل أعدل من

المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجه التأمل ولابي حنيفة طريقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى انه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلأ وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدرى انه عند المحل على أي صفة يكون

وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قوله والتضمين بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

قال

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من أراد سلما مؤجلا فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى أجل معلوم ان كان مؤجلا

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلابد من

بل بمجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم أي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي أنه يضمن بالمثل الا أن ينقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع بانه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض أن القبض في القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول أما السلم فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفى به أي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال) بان يقول مثلا أسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن

القيمة لانه يماثله صورة ومعنى والقيمة لا تماثله صورة والموجب الاصلي رد العين فيهما والمثل أقرب الى العين فكان أعدل منهما ولان القبض محسوس معاين في القرض فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم فمن أصل الشافعي رحمه الله حمل المطلق على المقيد وهنا لم يحمل مطلق قوله عليه السلام ورخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقال انما تركت أصلي لاني وجدت الاصول متعارضة

فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير ولانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لابد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادرا على التسليم في الحال أو لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على النافي وان كان الثاني

 فلابد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للمفاليس

وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة أجيب بان السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذكره) أقول اشارة الى ما يذكره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لان قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال (ولا يجوز الا بأجل معلوم) لما روينا ولأن الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل أدناه شهر وقيل

معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك فكان أيضا أمرا بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة أو موجودا قادرا هو عليه فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في السلم الحال أقل منه في المؤجل بعدما ذكرنا لا يفيد شيأ أعني بعدما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والاجل أدناه شهر الى آخره) في التحفة لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت

حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على أصلي وهذا أبه كما يقول تركت أصلي في كفارة اليمين لاني وجدت الاصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصفة التفرق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت صوم كفارة اليمين مطلقا على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظهار ومن أصل علمائنا رحمهم الله أنه لا يحمل المطلق على المقيد اذا أمكن العمل بهما فاما اذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين عملنا بالتتابع بطريق الزيادة وهنا لما وردا الاطلاق والتقييد في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقييد بشرط الاجل وصفا زائدا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بهما فعملنا بالزيادة لا على طريق حمل المطلق على المقيد احتج الشافعي رحمه الله في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد أثبت في السلم رخصة مطلقة فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه أنه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر أنه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد ولئن لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة قال فاني لا أجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشئ فلا يكون قادرا على تسليم البدل وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل الا بمدة فلهذا لا أجوزه الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان أن الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليتوضأ الا أن يكون المراد أنه اذا أسلم مؤجلا ينبغي أن يكون الاجل معلوما وقال صاحب الاسرار فيه وظاهره تحريم السلم على من أراد الا بهذه الاوصاف كمن قال لآخر من دخل داري فليدخل غاض البصر ومن كلمني فليكلم بالصواب فيقيد المطلق في حديث الرخصة بهذا وفيه اشكال لانه لا يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور في الحديث اذا السلم صح في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتا عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق فيصح ويمكن أن يقال ان الاصل عدم جواز السلم لكونه بيع مال ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه الا مؤجلا وما روى حكاية حال لا عموم له وقد أراد به السلم المؤجل اجماعا فلم يرد غيره لئلا يعم (قوله ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) فان قيل الرخصة

قال (ولا يجوز الا بأجل معلوم) اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لابد من كونه معلوما بما روينا وبالمعقول وهو أن الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدها واختلف في أدنى الاجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثمة بيان أقصى المدة فاما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان

ثابتة

ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيل مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم

الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لانه أدنى الآجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدرا نصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصحح المصنف الاول لانه مروي عن محمد ولانه مأخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بكيالة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لابد (ان يكون المكيال مما لا ينقبض وينبسط كالقصاع) والحديد والخزف (فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا في قرب الماء فيما روي عن ابي يوسف للتعامل فيه) فانه اجازه وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها اجاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة انه لا يجوز اذا عين هذه القربة والله اعلم ولكن بمقدارها والزبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل ايضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كحنطة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر (او ثمرة نخلة بعينها) او بستان بعينه (لانه قد تعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم) قال المصنف (واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم

ثابتة في حق من قدر على التسليم وفي حق من لم يقدر ولو كانت شرعيته دفعا لحاجة المفاليس لاختص بحالة الافلاس قلنا شرعيته لدفع حاجة المفاليس والافلاس أمر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ونظيره اقامة السفر مقام المشقة واقامة النكاح مقام الماء في النسب (قوله فبقي على النافي) وهو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والاجل أدناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام كالاجل في شرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما أكثر من نصف يوم عادة (قوله وقد مر من قبل) أي في اول كتاب البيوع (قوله مما ينكبس بالكبس) أي يمتلئ جدا اذا بولغ في ملئه (قوله واليه أشار النبي عليه السلام حيث قال

قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في أول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لابد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما اذا كان لما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعيلا بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لان انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة موهوم (فتنتفي القدرة عن التسليم) أشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن

السلم في ثمر فلان أمامن ثمر حائط فلان فلا أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بيانا
بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال أخيه أراد به رأس المال أي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق

مال أخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ماقالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط

مال أخيه) فان معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمنا ان لم يخرج هذا البستان شيأ فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر والانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا أسلم في حنطة صعيدية أوشامية فان احتمال أن لا ينبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أوفي البيع مطلقا والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فاراد المسلم اليه أن يمنعه الثمن الذي كان أخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من نخلك شيأ قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من أخيك ثمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيأ بم تأخذ مال أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلا على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضا وفي الصحيحين عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية) معينة (لبيان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشمراني والبساخي) ببخارى وهي قرية حنطتها جيدة (بفرغانة لا باس به) ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره لو أسلم في حنطة بخارى أو حنطة سمرقند أو اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم اليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا يبينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشمراني فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه الا بسبع شرائط) تذكر في العقد وأما عندهما فهي الخمس الاولى ولا شك أن للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط

أرأيت) أي أخبرني لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في ثمر حائط (قوله ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ماقالوا) أي لبيان أن صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط واذا أسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن أيدي الناس فلا خصومة فيه كما لو أسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مراده قرية من القرات تسمى هراة وطعام تلك القرية يتوهم أن تصيبها آفة لها أما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق والشام سواء وان أسلم في ثوب هروي فلا باس به ومن أصحابنا من يقول بان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجراد قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا

يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة أي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمراني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الابل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هرويا واذا أتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة الا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم

جنس

سقية أو بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من

جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والاصل فيه مارويناه والفقه فيه مابينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة)

لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا وسبع على تقديرها شريطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور وسبع شرائط جنس معلوم كحنطة شعير ونوع معلوم كسقية وهي ما يسقى سيحا (أو بخسية) وهي ما يسقى بالمطر ونسبت الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (وصفة معلومة كجيد ورديء) ووسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة مارويناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله (والفقه فيه مابينا) يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احترازا عما اذا كان ثوبا لان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا لان انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم وفي التبر وايمان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لاجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة) أي اذا كان نقله يحتاج الى أجرة ونحوه

ضعيف فالوباء قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح في الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هرويا بمنزلة الزندنجي والوذاري والى هذا أشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ما تنبت بارض هراة حتى أن النابت في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا للمكان وذلك يتوهم انقطاعه قال مشايخنا ان نسب الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد أيضا كالخشمراني ببخارا فانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ما ينبت بتلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة السقي ما يسقى سيحا فعيل بمعنى مفعول والبخس بخلافه منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء (قوله والاصل فيه مارويناه) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم الى آخره والفقه مابيناه وهو قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة (قوله ومعرفة مقدار رأس المال) اذا كان يتعلق العقد

الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول مارويناه من قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الخ ومن المعنى الفقهي مابينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع فاما المختلف فيه (فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل) بفتح الحاء (ومؤنة) ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر أو أجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولابي حنيفة رحمه الله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيأ فشيأ وربما يجد بعض ذلك الشيء زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق

وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره

لثقله (وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان) خلافيتان بينه وبينهما (لهما في الاولى) وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالاشارة) الى العين الثمن المعجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة المعجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤد اليه وما يؤدى الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تأديته اليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما ظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لانه لا يجيز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيل معلوما لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع كذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال محرقا وسمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شئ بل المسلم اليه بالخيار ان شاء رضى به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد

على مقداره احترز به عما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شئ من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بجهالة قدر الذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدى الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد (قوله فاشبه الثمن) بان يقول اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها والاجرة بان يقول استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها (قوله وصار كالثوب) بان يقول أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان (قوله فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي) فان قيل في هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أكثر وذلك لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل أن لا يجد زيفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك

فكذا ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الا رأس ماله) واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل (٢٢٢) ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بنى على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بان (الموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي) اذ القياس يخالفه ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لاسيما على قول من اعتبر أدنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبنى على وجود زيفا والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيأ من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا أسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل

ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه

فيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبنى على وجود الزيف وتارة بان السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا المكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا أسلم في جنسين) ككر حنطة وكر شعير عشرة مثلا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودراهم في جنس واحد كبر أو أسلم تمرا وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعنى عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا (ولهما في المسئلة الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايفاء (لوجود العقد فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كانصرافه الى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا

الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبنى على وجود زيفا فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأنه بيع المعدوم ألا ترى أنه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك الموهوم في ثمر حائط بعينه وكيف اعتبر توهم الهلاك في مكيال رجل بعينه (قوله ومن فروعه اذا أسلم في جنسين) أي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما بان أسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوما حتى لو كانا من جنس واحد يصح لان رأس المال ينقسم عليهما على السواء أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما بان أسلم دراهم ودنانير في كر بر وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط عنده فاذا لم يعلم أحدهما بطل العقد في حصته فيبطل في حصة الآخر لجهالة حصة الآخر ولاتحاد الصفقة (قوله ولهما في الثانية) أي في

واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقالا في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم (٢٢٣) يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله أن المشترى ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة رحمه الله أن السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال أبو حنيفة

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يزاحمه) أقول والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعي اذ لا يتم أحدهما الا بالآخر فليتدبر

فيصير نظير أول أوقات الامكان فى الاوامر فصار كالقرض والغصب ولابى حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء

أيضا ما القرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم فى مكان الغصب والقرض والاستهلاك وبرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه فى المصر أو خارجه أجيب بالفرق بان المشترى يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حملا فقد شرط عملا فى ملكه مع الشراء ثم سمى الثمن فى مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستأجرا وهو صفقة فى صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشترى به العين لان المعقود عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع فى ملكه نفسه فلا يكون بائعا آجرا أو ورد أيضا فى الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال فى رجل باع طعاما والطعام فى السواد ان كان المشترى يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خوابى الحنطة فى بيت واحد فان كانت فى مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشترى يطالبه بالتسليم فى أقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه فى الابعد وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين أجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لانه فى ذمة البائع وهو حاضر فى مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفى بيع العين اذا كان (ولابى حنيفة أن التسليم) فى السلم (غير واجب فى الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فان التسليم فيهما واجب فى الحال فيتعين مكان سبب الوجوب فى

المسئلة الثانية وهى بيان مكان الايفاء لا يحتاج اليه عندهما ولكن اذا شرطاه صح وان لم يشرطاه يتعين مكان العقد للتسليم لوجود العقد فيه أولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه أى فى كونه مكان العقد فان قيل لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر كما فى بيع العين فانه لو اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه فى المصر أو خارج المصر اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه والمسئلة فى الذخيرة قلنا لما عين مكانا آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذى كنا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير أن هذا الشرط يفسد بيع العين لان المشترى يملك العين بالشراء فاذا شرط عليه حملا زائدا فقد اشترط عليه عملا فى ملكه مع ما اشترى العين منه ثم سمى الثمن بازاء ذلك كله فصار ما يقابل الحمل اجارة فيصير صفقة فى صفقة فيفسد بالشرط الفاسد ورب السلم لا يملكه عينا قبل القبض فيكون النقل الى مكان آخر عملا من البائع فى مال نفسه فلا يصير مؤاجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة فى صفقة فلا يصير فاسدا وفى الفوائد الظهيرية فان قيل لم قلتم بان فى البيع يتعين مكان البيع مكانا للتسليم والدليل على أنه لا يتعين ما روى عن محمد رحمه الله فى رجل باع طعاما والطعام فى السواد فان كان المشترى يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لما كان له الخيار قلنا مكان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لانه فى ذمة المسلم اليه وأنه حاضر فى مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفى بيع العين اذا كان المبيع حاضرا فى مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه فى المكان الذى استحق تسليم الثمن وفى السلم يستحق تسليم رأس المال فى مكان العقد فليستحق تسليم ما يقابله فى ذلك المكان أيضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله فيصير نظير أول أوقات الامكان فى الاوامر) يعنى مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث انه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ما سيأتى من الزمان ويحتمل أن يراد مكان العقد يصير نظير أول أوقات الامكان فى الاوامر المطلقة على قول الكرخى رحمه الله (قوله فصار كالقرض والغصب) فان التسليم فيهما يجب فى مكان تحقق القرض والغصب (قوله لابى حنيفة رحمه الله) أن التسليم غير واجب فى الحال) فى السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول

أرأيت لو عقدا عقد السلم فى السفينة فى لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقى مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه فى موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه فى خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة فى اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله قال أرأيت لو عقد عقد السلم الخ) أقول ناظرا الى قوله ولابى حنيفة يعنى قال أبو حنيفة أرأيت الخ

تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن والصحيح أنه يشترط اذا كان مؤجلا

الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه فى الحال وتضمن منع ما قالا من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعيين مكانه (فاذا لم يتعين فالجهالة تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان المسلم يطالبه بالتسليم فى مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحاقه بالامر فى تعيين اول الاوقات بلا جامع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه فى ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن فى العين محل النزاع لان أبا حنيفة فى الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفى الكالئ بالكالئ فلو عقدا السلم وهما مشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب فى مكان أن يوجب مقتضاه فى ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية فى ذلك لانه يجوز أن يوجد فى مكان وأثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الا سمعا (قوله وعن هذا) أى وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا فى صفة الثمن أو المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا فى جودته ورداءته وقيل على عكسه أى لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) فى البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل فى بيع العين (والاجرة) بان استأجر دارا مثلا بمال له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما (اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن) بالاجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا

الاجل وعند ذلك لا يدرى أنه فى أى مكان يكون ثم قال أرأيت لو عقدا عقد السلم فى السفينة فى لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقوله عاقل (قوله وصار كجهالة الوصف) يعنى باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار جهالة مكان التسليم كجهالة الصفة (قوله وعن هذا) أى وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كما فى الصفة أى الاختلاف فى صفة الثمن أو المثمن يوجب التحالف وفى كتاب الدعوى الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف فى القدر فى حق جريان التحالف وقيل على عكسه أى لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب لان تعين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيهما يوجب التحالف بالاجماع فيجب أن يكون ههنا كذلك وعند أبى حنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل بان باع عبدا ببر موصوف فى الذمة الى أجل يشترط بيان مكان الايفاء للبر عنده فى الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استأجر دارا أو دابة بمال له حمل ومؤنة دينا فى الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين

(وعن هذا) أى عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فى المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف فى الجودة والرداءة فى أحد البدلين (وقيل على عكسه) أى لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب لان تعين المكان قضية العقد أى مقتضاه عندهما فكان الاختلاف فى المكان كالاختلاف فى نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى شيأ بكيل أو موزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول

أصح (وهو اختيار شمس الائمة) لان الثمن مثل الاجرة وهى منصوص عليها فى كتاب الاجارات وصورة الاجرة استاجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى اجارة الدار مكانها وفى الدابة تسلم فى مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم فى مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ) قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك مالم يكن له حمل ومؤنة وقيل مالم يكن له حمل ومؤنة هو الذى لو أمر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان فى (رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر فى الاجارات (يوفيه فى أى مكان شاء وهو الاصح) لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه (قوله ولا وجوب فى الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين موضع العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم فى الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه

وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا تختلف قيمته (ويوفيه فى المكان الذى أسلم فيه) قال رضى الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر فى الاجارات انه يوفيه فى أى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة

وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وعندهما يتعين مكان الدار فى القسمة (ومكان تسليم الدابة) فى الاجارة (للايفاء) (قوله ومالم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعنى القليل منه والا فقد يسلم فى امنان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعى (ويوفيه فى المكان الذى أسلمه فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتاتى التسليم فيه ومالا بان أسلم اليه دراهما فى مركب فى البحر أو جبل فانه يجب فى أقرب الاماكن التى يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعنى من أصل المبسوط وذكر فى الاجارات من أصل المبسوط (يوفيه فى أى مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعى أيضا (لان الاماكن كلها سواء) اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والحطب توجد فى المصر والسواد ثم يشترى فى المصر باكثر مما يشترى فى السواد (ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذى لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعى وأحمد ذكره فى التحفة (ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعنى أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره فى المحيط ولو شرط أن يوفيه فى مكان يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخى عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء فى موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء فى منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفى بيع العين لو شرط على البائع فى المصر أن يوفيه الى منزله والعقد فى مصر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه فى مكان

موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما دارا وشرط أحدهما على صاحبه شيئا ماله حمل ومؤنة لزيادة غرس أو بناء فى نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة فى الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة للايفاء ومالم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور ولا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع وقيل ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو أمر انسانا يحمله الى مجلس القضاء لا يحمله مجانا وقيل هو مالا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج فى نقله الى المؤنة كالحنطة والشعير ومالا يحتاج فيه اليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور

قال المصنف (لا تختلف قيمته ويوفيه فى المكان الذى أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة فى تعليل المسئلة الثانية فتامل (قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثمن والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى عليك

مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال فى مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا الا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد مالم يتفرقا عن غير قبض فاذا تفرقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أى النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العروض تتعين فى العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب أى ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أى ولاشتراط القبض (قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبنى عليه وما كان مانعا من المبنى عليه فهو مانع عن المبنى وكذا لا يثبت فى السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما فى ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى مالا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفى بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ قيل فيه اشكال لان

فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم

كذا فسلمه فى غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه فى المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان) رأس المال (من النقود فلانه) لو لم يقبض (افترقا عن دين بدين) لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين فى الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أى النسيئة بالنسيئة الا أن مالكا رحمه الله يجيز التاخير ويقول اذا لم يشرط التاجيل لا يخرجه الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعى وأحمد (وان كان عينا) ففى القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدى الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفى الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعى لان الاسلام والاسلاف فى كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها فى الاصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذى اعتبر فيها ولو فرضنا فرضا أنها صارت اعلاما فاصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر فى معناها من الاحكام فلزم التعجيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته الى العقد لافلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه لاجل (و) لهذا أى لاشتراط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما (لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم) الذى هو الملك وهذا على قول أبى

(قوله وان كان عينا) كالثوب والحيوان فلان السلم أخذ عاجل بآجل فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلا كما اشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة فكان ينبغى أن يشترط اقتران القبض بالعقد فانه أتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما فى عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا (قوله ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط) ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افترقا بعد القبض ثم أجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان امتناع الملك ليس بقضية السبب فان

بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعنى اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا وجه الاستحسان) قول أشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بآجل (قوله والقياس جوازه الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول فى دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد الخ فى قول الشارح معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل بآجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبنى عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا عن القبض نفسه لا عن تمامه

أحدهما أن الضمير فى قوله فيه اما أن نراد به رأس المال أو المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت فى رأس المال صرح به فى التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثانى لانتفاء التقريب لانه فى بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار فى المسلم فيه وعدمه لا مدخل له فى ذلك فكان أجنبيا والثانى أن المبيع فى الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا فى الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان

لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثانى انا لا نسلم ان المعقود عليه فى الاستصناع دين بل هو عين على ما يجىء فى الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد (ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو اما أن يكون رأس المال قائما أولا فان كان الثانى لم يصح العقد بالاسقاط لانه ابتداء برأس مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقى فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد من تطيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قال (وجملة الشروط جمعوها) جمع المشايخ جملة شروط السلم فى اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفى تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفى اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفى تأجيله يعنى الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفى بيان مكان الايفاء كما مر وفى القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا فان

وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها فى قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله

حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل فى ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبنى على تمام الملك فى المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله فى حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشترى لا يصح ولا يتوقف اذا كان فى البيع خيار للبائع واعتاق المشترى من الفضولى يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أى فى السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين فى الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره فى الكافى ولا يشكل بالاستصناع فانه دين فى ذمة الصانع ويجرى فيه خيار الرؤية يعنى اذا رد ما يأتى به ينفسخ لانا لا نسلم أن المبيع فيه الدين فى ذمة الصانع بل العين كما سيأتى وأما خيار الرؤية فى رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره فى التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) فى المسلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافا لزفر) وانما قيد بقيام رأس المال لانه هالو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهلاك صار دينا فى ذمة المسلم اليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز فى ابتداء العقد ولانه الآن فى معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعى ومالك كقول زفر (وقد مر نظيره) فى باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها الى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه

السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا أجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد اذ فائدته الرد والمسلم فيه دين فى الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد فكان مفيدا ولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقال ذكر الوصف على الاستقصاء فى المسلم فيه مقام الرؤية (قوله وقد مر نظيره) وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل (قوله اعلام رأس المال) أى قدر رأس المال فى المكيل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدرا وجنسا وصفة والقدرة على تحصيله بان كان موجودا من حين العقد الى حين

(قوله أحدهما ان الضمير فى قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(فان أسلم مائتى درهم فى كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد فى احداهما الى الدين لفوات القبض ويجوز فى حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصا بالدين فلا اشكال فى طروه كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقى مبيعا بالحصة طارئا وأما اذا أضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين فى العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم اليه) لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال فى حقهما

فان أسلم مائتى درهم فى كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز فى حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين فى البيع ألا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلانى اذا كان فى البلد نقود مختلفة المالية متساوية فى الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما فى البيع وينبغى فى ديارنا اذا سمى مؤيدية يعطيه الاشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء فى المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل فى الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقى ما قدمنا من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز فى النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند أبى حنيفة خلافا لهما وان لا يشمل البدلين احدى علتى الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشروط لم تتم ثم فرع على اشتراط القبض فى السلم أنه لو أسلم مائتين فى كر حنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقد مائة أن السلم فى حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) فى الكل خلافا لزفر رحمه الله ووجه قوله أنه فساد قوى لتمكنه فى صلب العقد وأيضا فقد جعل قبول العقد فى صحة الدين شرطا لقبوله فى صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع فى غير محل المفسد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقا بان قال أسلمت اليك مائتين فى كذا ثم جعل احداهما الدين فظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعا بان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة فى كذا فكذلك وان قيل يفسد فى الكل عند أبى حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول فى حصة الدين والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

المحل (قوله مائة منها دين على المسلم اليه) انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التى على فلان يبطل العقد فى الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للعقد فاوجب فساد الكل (قوله ولا يشيع الفساد) وهذا لا يشكل على قولهما لان الفساد اذا تمكن فى بعض المبيع لا يشيع فى الكل عندهما أما عند أبى حنيفة رحمه الله فمشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد فى أحدهما يفسد فى الآخر أيضا عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطا لصحة العقد فيفسد فى الكل ضرورة الا أن هذا فى الفساد المقارن الذى تمكن فى صلب العقد لا فى الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال فى المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد فى ذاته فقد وقع صحيحا فلهذا المعنى افترقا وقيل هذا اذا أسلم مائتين مطلقا ثم تقاصا المائة بما عليه فاما اذا قال أسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند أبى حنيفة رحمه الله لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطا فى الباقى فيبطل الجميع والصحيح أن الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ماذكرتم منتقض بمسائل ثلاث أحدها أن الرجل اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم فهما فى المساكين صدقة فباعه بهما يحنث ويلزمه التصدق بالكر والدراهم وهذا آية تعين النقود فى العقود والثانية أن الرجل اذا باع دينارا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد والثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان أن لا دين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث فى المسئلة الاولى قلنا أما الاولى

قال (ولايجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز (ولاتجوز الشركة والتولية فى المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله)

كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا فى حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلاقبض ثلث المائة ولهذا لونقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول فى الفاسد شرطا الى آخره اذلم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طارئا بلاشبهة * وقال فى المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذاك فالكل فسد
ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا * والبر فى الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لايتعدى الفساد كما ذكر فى الهداية واستشكله صاحب الحواشى على قول أبى حنيفة لان عنده اذاورد العقد على شيئين وفسد فى أحدهما يفسد فى الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الى آخره فقال الا أن هذا فى الفساد المقارن الذى تمكن فى صلب العقد لا فى الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد فى نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين فى المصفى بان هذا يقتضى أن لايفسد فى النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضا ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهى المسئلة التى قدمها المصنف تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد مافرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الآن على هذا لاحاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما دينا فانه لو كان عينين فسد فيهما لذلك أيضا (قوله ولايجوز التصرف فى رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لايجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما فى ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق (وأما الثانى) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض) لايجوز لما تقدم من الدليل فلاتجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ماهو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولايكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كتركه بعض حقه واسقاطه فى حق رب السلم ومن جنس القضاء فى حق المسلم اليه وقول القدورى بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و) لا (التولية) مع دخولها فى عموم التصرف فى المسلم فيه لقرب وقوعها فى المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفى الوضيعة اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف أخذه بمثل مااشتراه به فانه قريب والشركة هى معنى أخذ بعضه بمثل مااشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض أن التولية تجوز عنده فى بيع العين والسلم (قوله فان تقايلا السلم لم يكن له) أى لرب السلم (أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لاتأخذ الا سلمك أورأس مالك) أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم فى

فنحن ندعى أن النقود لاتتعين فى العقود استحقاقا لاجوازا فلا يلزم لانها تتعين جوازا فلذلك حنث ولزمه التصدق بها وأما الثالثة فلان البيع انما لم يجز لمكان التهازل بالبيع لان هذا بيع بلاثمن فيكون منهما تهازلا به وهى تتعين فى حق الجواز وهكذا نقول فى المسئلة الثانية لانتقاض الصرف باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر فيتحقق البيع بلاثمن فيمتنع الجواز باعتبار التهازل (قوله ولايجوز التصرف فى رأس المال)

قال (ولايجوز التصرف فى رأس المال المسلم فيه الخ) لايجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا فى المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز ولايأمر به بعده لأن المقبوض بعقد المسلم كالعين المشترى فرأس المال ان كان مثليا جاز أن يبيع مرابحة وان كان قيميا لايجوز الا من عنده ذلك الثمن (ولاتجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر فى المسلم فيه (و)لا(التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد مادخلا فى العموم لانهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احتراز عن قول البعض أن التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه ولى غيره ماتولى فان تقايلا) السلم لم يكن لرب السلم أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله

قوله (لايجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعنى ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لاتأخذ الا سلمك أورأس مالك يعنى حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الا سلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أورأس مالك

لقوله

لقوله عليه الصلاة والسلام لاتأخذ الا سلمك أورأس مالك أى عند الفسخ ولانه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث ولايمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا أنه لايجب قبضه فى المجلس لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه

شئ فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضى أن لايأخذ الا هو رواه الترمذى وحسنه وقال لاأعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه وأخرجه الدارقطنى عن سعيد الجوهرى وعلى بن الحسين الدرهمى باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمى وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ماأسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفى ضعفه أحمد وغيره والترمذى يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت فى شئ فلا تأخذ الا رأس مالك أوالذى أسلفت فيه وأسند عن أبى الشعثاء نحوه من قوله فقوله لاتأخذ الا سلمك يعنى حال قيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شبها بالمبيع (ب)سبب (أن الاقالة بيع جديد فى حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألاترى أنه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لاعين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا وأورد عليه لوكانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة فى المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بانه) يعنى عقد الاقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا

الى قوله ولايجوز الشركة والتولية وصورة الشركة أن يقول رب السلم لآخر اعطنى نصف رأس المال حتى تكون شريكا فى المسلم فيه وصورة التولية أن يقول رب السلم لآخر اعطنى مثل ماأعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وأنه بيع بعض المبيع قبل القبض أو بيع كله فان قيل فاى فائدة فى تخصيص الشركة والتولية بعد ماذكر الاعم منهما وهو قوله ولايجوز التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا ان أحدا لايشترى المسلم فيه مرابحة لكونه دينا ولا وضيعة لكونها ضررا ظاهرا وانما يشتريه بمثل مااشتراه رب السلم رغبة فى كله وهو التولية أوفى بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكر لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه (قوله لاتأخذ الا سلمك) أى المسلم فيه حال بقاء العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ (قوله وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق الثالث) وهو حق الشرع وهو حرمة الاستبدال هنا وهذا التعليل لبيان أن رأس المال أخذ شبها بالمبيع وهو أن الاقالة فى حق غير المتعاقدين كعقد مبتدأ وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لايحتمل العقد المبتدأ اذلا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لانه دين سقط والسلم يثبت الدين وجانب رأس المال يحتمله فجعل رأس المال مبيعا لانه دين يثبت مثله فاعتبر فى حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة (قوله الا أنه لايجب قبضه فى المجلس) أى الا أن رأس المال لايجب قبضه بعد الاقالة فى مجلس الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهى أنه لما ذكر أن الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفى بيع السلم كان قبض رأس المال فى مجلس البيع شرطا فيجب أن يكون قبض رأس المال بعد الاقالة فى مجلس الاقالة شرطا فأجاب عنه بهذا وقال لايشترط قبض رأس المال فى مجلس

لقوله صلى الله عليه وسلم لاتأخذ الا سلمك أورأس مالك) يعنى حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص فى ذلك (ولانه أخذ شبها بالبيع لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضى وجود المعقود عليه والسلم فيه لايصلح لذلك (لسقوطه) بالاقالة (ف)لابد من (جعل رأس المال مبيعا) ليرد عليه العقد والا لكان مافرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلايمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لايتصرف فيه قبل القبض فكذا ماأشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال فى المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء أجاب بقوله (لانه) أى لان عقد الاقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) لانه بيع فى حق الكل والاقالة بيع فى حق ثالث لاغير وليس من ضرورة اشتراط القبض فى الاول اشتراطه فى الثانى بالضرورة فان ثبت بالتنبيه وهو ان اشتراط القبض فى الابتداء كان للاحتراز عن الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلايتحقق فيه ذلك فلايشترط القبض اوالتأمل يغنى عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لايرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك فى مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لايجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله فى أول الكتاب ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية وهى طريقة قوله * ولاعيب فيهم غير أن سيوفهم * بهن فلول من قراع الكتائب

(قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول وهو الاقالة (قوله لان عقد الاقالة ليس فى حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع فى حق الكل) أقول ضمير لانه راجع الى الابتداء (قوله وهى طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لايخفى على من له أدنى مسكة

وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ماذكرناه قال (ومن أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على مامر

يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة وعكس حل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له (وفيه خلاف زفر) أى فى منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشترى به ماشاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون (والحجة عليه ماذكرنا) من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم فى كر) وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاه) عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بان اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أى للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له) أى برب السلم للمسلم اليه (ثم اكتاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشترى (وهذا هو محمل الحديث على مامر) فى الفصل الذى يلى باب المرابحة حيث قال المصنف ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ماسمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وههنا عقدان ومشتريان فلابد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثانى لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشترى كاله لنفسه بحضرة المشترى الثانى فقبضه الثانى لابد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثانى والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التى اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم مااشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا فى صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا لان الغرض أنه لايصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثانى فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ماتصير به قابضا ولفظ

الاقالة وان كان يشترط قبضه فى عقد السلم لان ذلك بيع من كل وجه فى حق الكل وهذا فسخ فى حق المتعاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض فى البيع من وجه دون وجه وذلك لان اشتراط القبض فى الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالئ بالكالئ فلا يشترط القبض (قوله وفيه خلاف زفر رحمه الله) فانه قال يجوز التصرف فى رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهما لما تقايلا السلم وجبت الدراهم دينا فى الذمة فلا يكون استبدالا برأس المال كما فى عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لوجوب القبض فى المجلس ولا يجب قبض رأس المال فى مجلس الاقالة وقلنا القياس جواز التصرف فيه قبل القبض الا أن القياس تركناه فى السلم لمارويناه ولماذكرنا من المعقول (قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل) صفقة جرت بين المسلم اليه وبائعه وصفقة جرت بين المسلم اليه ورب السلم (قوله وهذا هو محمل الحديث) على مامر وهو ماذكر فى الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على مانبين

(قوله وفيه) أى فى جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا فى ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والحجة عليه ماذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم فى كر فلما حل الاجل الخ) رجل أسلم فى كر من الحنطة وهو ستون قفيزا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض فى يد رب السلم كان من مال المسلم اليه (وان أمره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب المسلم (فلابد من الكيل مرتين لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على مامر) فى الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين

والسلم

والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم فى كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم

الجامع يفيد ماقلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء مااشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهى فأجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرائه من بائعه (وانه) أى قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتبار عينه فى حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كى لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فأخذ العين عنه فى حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ماقال فى الزيادات لو أسلم مائة فى كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ماباع بأقل مماباع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ماباعه وهو الكر قبل نقد الثمن باقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو أسلم موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لايجوز قبض رب السلم بخلاف مالو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوز به يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا والسلم فى معدود فعلى الروايتين فى وجوب اعادة العد فى بيع المعدود بعد شرائه عدا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمر بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك فقبضه بان اكتاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار فى القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشئ بجنسه نسيئة وتفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لايلزم التأجيل فى القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لايوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم فى كر فامر رب السلم المسلم اليه أن يكيله له فى غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيهما لكنه

(قوله والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق) جواب سؤال وهو أن يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهى فاجاب ان السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق وللقبض فى باب السلم حكم عقد جديد فكأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول دينا فى ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين ماتناوله العقد فى حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدالا بالمسلم فيه وهو حرام وأما فيما وراءه فهو غيره حقيقة فصار بائعا مااشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا والا يلزم تمليك الشئ بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشترى بحق الوكالة والدليل على أن للقبض فى باب السلم حكم عقد جديد ماقال فى الزيادات لو أسلم الى أجل مائة درهم فى كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ماباع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا العقد عليه

على مانبين (قوله والسلم وان كان سابقا) جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب المسلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهى وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لان المسلم فيه دين فى ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل (و) ان (كان) الكر (قرضا فأمر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشئ بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل فى القرض لان التأجيل فى العوارى غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم فى كر فأمر رب السلم الخ) رجل أسلم فى كر فامر رب السلم أن يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم

ففعل وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن) له فى غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الآمر اذ حقه فى الدين لا فى العين فلا (يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم

فقعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه فى الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم اليه وفى الشراء من مال المشترى و يتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لانه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ولو أمره فى الشراء أن يكيله فى غرائر البائع ففعل

أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه فى الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا) هذا اذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر فى ملك الغير قال فى المبسوط والاصح عندى أنه يصير قابضا لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر فى كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لى بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أى دفع المشترى غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعل بغيبته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشترى البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشترى فلو هلك الدقيق فى الاول هلك من ملك المسلم اليه و يعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك فى الثانى هلك من ملك المشترى وتقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه فى البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشترى البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشترى لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل) الواحد (فى الشراء فى الصحيح لانه نائب عنه فى الكيل والوقوع فى غرائر المشترى) وقوله فى الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفى الا بكيلين على ما مر قبيل باب الربا ولو كان فى البيع أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا

(قوله كان الطحين فى السلم للمسلم اليه) ولا يكون لرب السلم أن يأخذه لانه حينئذ يصير مستبدلا (قوله و يتقرر الثمن عليه لما قلنا) أى ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل فى فصل الشراء ينبغى أن لا يصح الامر أيضا فى حق ثبوت القبض لان البائع لا يصلح وكيلا عن المشترى فى القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لم يصح قلنا أمره بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما وجاز أن يثبت الشئ حكما وان كان لا يثبت قصدا (قوله ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح) احترازا عما قيل بانه لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روى عن النبى عليه السلام أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى (قوله لانه نائب عنه) أى لان البائع نائب عن المشترى فى الكيل (قوله والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى) أى القبض يتحقق و يثبت بالوقوع فى غرائر المشترى كان هذا جواب اشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسلما وقابضا لان البائع صار وكيلا فى امساك الغرائر فبقيت الغرائر فى يد المشترى

وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشترى غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لانه اذا صح الامر لصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه فى امساك الغرائر فبقيت الغرائر فى يد المشترى حكما فما وقع فيها صار فى يد المشترى (قوله ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا أمره بالطحن فى السلم كان الطحين للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى) واذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفى الشراء من مال المشترى) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا أنه ملكه لما صح أمره و يجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أى ولان الامر قد صح (يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لان البائع نائب عنه فى الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلما أجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أى وتحقق القبض بالوقوع (فى غرائر المشترى) فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال فى الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم

يصر) المشترى (قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر فى يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله و يعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين) أى المسلم فيه والعين وهو المشترى فيهما فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولا الدين أو العين فان كان الثانى (صار) المشترى قابضا لهما جميعا

لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله و يعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشترى ان بدأ بالعين صار قابضا أما العين فلصحة الامر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه و بمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان

(لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تتم الاعارة لانها انما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصر الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كما أمر المشترى) البائع (أن يكيله و يعزله فى مكان من بيت البائع) ففعل بغيبته لم يصر قابضا (ولو اجتمع الدين والعين) بان اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول السلم فامره أن يكيل فى غرائر المشترى كليهما ففعل بغيبته ان بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشترى قابضا لهما (أما العين فلصحة الامر فيه) لانه لاقى ملكه (وأما الدين فلاتصاله بملكه و بمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها فى أرض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكاله فى الغرائر (لم يصر قابضا) أما فى الدين فلعدم صحة الامر) لما قلنا (وأما فى (العين فلانه خلط مال المشترى) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكا له عند أبى حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لانه بامره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكا يصير المشترى (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه فى المخلوط) وأورد

حكما فما وقع فيها يصير فى يد المشترى حتى لو كانت الغرائر للبائع روى عن محمد رحمه الله أنه لا يصير قابضا (قوله ولو اجتمع العين والدين) بان اشترى كر حنطة وأسلم أيضا فى كر حنطة فالمسلم فيه دين والمشترى عين (قوله و بمثله يصير قابضا) لان القبض تارة بيده أو بتخلية منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل أليس أن الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصر قابضا هنا باعتباره قلنا المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر به قابضا (قوله وهذا الخلط غير مرضى) جواب سؤال ذكر فى الفوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشترى فينبغى أن لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم يحصل باذن المشترى بل الخلط على وجه يصير الآمر قابضا حصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين وقال الامام قاضيخان رحمه الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله اذا كال الدين أولا ثم كال العين بعده صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه حكما لو كال العين أولا ثم كال الدين وعند محمد رحمه الله ان كال العين أولا يصير قابضا لهما وان كال الدين أولا يصير قابضا للعين دون الدين

أما العين فلصحة الامر فيه لمصادفتها الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض كما لو وكله بذلك نصا وأجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وأما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصبغ فان الصبغ والبيع اتصلا بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه فى الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه فى الدين لا فى العين وهذا عين فكان المأمور بجعله فى الغرائر متصرفا فى ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر (وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبى حنيفة

فينفسخ العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشترى فلا ينقض البيع أجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشترى بل الخلط على وجه يصير به الآمر قابضا هو الذى كان مأذونا به وفى عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزما واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص و يجوز ان يقال كلامه فى قوة الممانعة فكانه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضى به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان

الخلط ليس باستهلاك عندهما) قال (ومن أسلم جارية في كر حنطة الخ) رجل أسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية

كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كان قائما فلا يرد ما قيل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كر حنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال

الخلط ليس باستهلاك عندهما قال (ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة) لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم الى رجل دراهم

أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا به أجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كر حنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى أن يقبض ففي السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العرض الآخر باقيا لان كلا منهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل في

(قوله ومن أسلم جارية في كر حنطة) الاصل في جنس هذه المسائل أن في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاك أحدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الاقالة ابتداء وبقاء والمعنى في ذلك أن الاقالة صحتها بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان أحدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرف أن الثابت بالشيئين لا يزول بزوال أحدهما فيكون قائما بقيام أحدهما فتصح الاقالة وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين له ضرب مزية على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكما وما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لانه دين ولهذا لو قال مالي في المساكين صدقة وله ديون على ملي أو مفلس لا يدخل واذا كان ما يتعين مخصوصا بضرب مزية على ما لا يتعين لا بد من ابانة هذه المزية ولا يمكن ابانتها حالة الانعقاد لافتقار الانعقاد اليهما فيجب ابانتها حالة البقاء فيقينا العقد ببقائه فصحت الاقالة باعتبار بقائه ابتداء وبقاء وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف تصح الاقالة وان هلكا أو هلك أحدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء فكذا في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبهما في الذمة قد بطل بالقضاء لان الديون تقضى بامثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد القضاء ولهذا صح الحط والابراء بعد القضاء (قوله فماتت في يد المشتري) أي المسلم اليه وانما سماه مشتريا نظرا الى اشترائه الجارية بالحنطة التي هي دين وكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله انفسخ في الجارية تبعا) يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه

أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان أنكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديأ وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه في

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر) أقول لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار

لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظاهر أقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على رأس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا وأما اذا كان رديأ فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهو باطلاقه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وان كان رديأ والاعتبار للمعاني دون الصورة فمنكر صحة الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وان انعكست المسئلة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ (قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة) (قوله وسنقرره من بعد) يريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعيد والمطابق ونقرره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل

في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديأ وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة (وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى

هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وان أنكر الصحة اذا عرف هذا جئنا الى المسائل (أسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك رديأ وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق) وهو قول الشافعي (لان رب السلم متعنت) لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لانه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وان كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذلك الآجل ولولا انه يربو عليه وان كان آجلا لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بان الظاهر الصحة الى آخره فيخص أبا حنيفة تمشيته في غير هذا المحل والمراد ههنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة دائما بل ههنا بظهورها في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بان ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يقول القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة) وسيقرر

وان لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها قصدا لما عرف أن ما يثبت ضمنا وتبعا الشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها والقول في القيمة قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فان قيل ينبغي أن لا تصح الاقالة بعد هلاك الجارية لان الجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه أيضا قد سقط بالاقالة فصار بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة وذلك يمنع الاقالة هناك فكذا ههنا وذلك أنه اذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك الآخر تبطل الاقالة قلنا في المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية مقام الجارية فلم يكن رد عين الجارية واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصار بمنزلة بقاء العوضين في بيع المقايضة فهنالك تصح الاقالة فيه فكذا هنا (قوله لان رب السلم متعنت) المراد من المتعنت شرعا من ينكر ما ينفعه والمخاصم من ينكر ما يضره (قوله لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة) فان قيل لا نسلم بل رأس المال خير وان قل لكونه نقدا والمسلم فيه وان جل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك الا أنه متروك هنا بالعرف والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك الا لفائدة زائدة رأوها فيه وكان فيه الغاء مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة (قوله وفي عكسه) يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم اليه ينكر (قوله وسنقرره من بعد) وهو قوله بعده بخطوط القول

المعنى والصورة كما سيجيء (قوله لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه الى قوله فانهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعا اذ يتم المقصود بدونه (قوله وان كان رديأ) أقول مسلم اذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه (قوله فمنكر صحة الصورة الخ) أقول الاصوب أن يقال فالمدعي صورة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه مدع) أقول انه

وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لانسلم أنه متعنت لانه بانكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال فى العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس أجاب المصنف (بأن الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد) فان السلم الحال جائز عند الشافعى واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا (٢٣٨) بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفى عكسه وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبى حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا فى جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهر الوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثانى ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ذلك ساع فى نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت كانت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعى للصحة مدع لعقد والمدعى للفساد مدع لعقد آخر خلافه و وحدة العقد

(ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت فى انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع فى رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفى عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبى حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما للمنكر وان أنكر الصحة

المصنف الوجه فى تلك المسئلة التى تلى هذه (ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أى بالاتفاق وكذا فى مقداره وهو قول الشافعى لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل لترفيه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغى أن يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان فى العادة يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الايراد هو وجه القياس فاجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع فى رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعا (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعا للفساد (وفى عكسه) وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه) وهو زيادة الربح الكائن فى قيمة المسلم فيه على ما دخل فى يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق) زيادة (الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع فى بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهى غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند أبى حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعى (لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشئ تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهر فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان فى التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف

لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه الى آخره (قوله والفساد لعدم الاجل غير متيقن) هذا جواب اشكال وهو أن يقال ان المسلم اليه غير متعنت فى انكاره الاجل لانه يرد رأس المال و يبقى لنفسه المسلم فيه وهو أنفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعى رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع فى رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم اليه متعنتا فى انكار الوصف بسلامة أكثر المالين له بهذا الانكار (قوله كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة) ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا هو الصواب من نسخة ووقع فى بعض النسخ شرطت لك

حق الفسخ (قوله والثانى ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثانى غير مسلم

عند الاختلاف فى الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو (٢٣٩) تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهى ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض فى ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعى استحقاق شئ فى مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذى ذكرتم فى المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لان ما يدعيه المضارب فى ماله فالجواب أن العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفى والاثبات على محل واحد وههنا قد وردعليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه و يدعى بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتى فيكون النفى والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعى الصحة وهو المضارب كما فى السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه

مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما للمنكر وان أنكر الصحة

المضاربة) لانه أى عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقى دعوى المضارب فى استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له (أما السلم ف) عقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعى الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعى الفساد يدعى الاجارة ومدعى الصحة يدعى الشركة فكان اختلافهما فى نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحنث به فى يمينه لا يسلم فى شئ فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا فى صحته وفساده فالقول لمدعى الصحة واستشكل بما لو قال فى المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا فى نوع العقد أجيب بان المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعى الفساد لان أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان فى الاصول فيما اذا زوجه الفضولى أختين فى عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف أوله على آخره بوجود المغير فى آخره وان كان بحرف العطف وأورد أيضا ما اذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعى فساد العقد أجيب بانه ما أقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الاهلية * واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها فى أصل الاجل وهى

نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لانه على ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفى صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال والمقيس عليه فى هذه المسئلة فى شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للامام قاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية واليتيمة وغيرها بلفظ الاستثناء لما ذكرنا أن فى صور لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال وفى قوله وزيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر فى النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين (قوله لانه ليس بلازم) أى لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين واذا ارتفع العقد بالانكار بقى دعوى المضارب فى مال رب المال والقول للمنكر وهو رب المال وأما السلم فعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا فكان القول قول من يدعى الصحة وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ولابى حنيفة رحمه الله انهما اتفقا على عقد واحد واختلفا فى الصحة والفساد فيكون القول قول من يدعى الصحة كالمتنا كحين اذا اختلفا فاحدهما يدعى النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول قول من يدعى بشهود بخلاف مسئلة المضاربة لان ثمة ما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة واذا فسدت كانت اجارة للتعامل وان كان الظاهر من حاله أنه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله أنه لا يباشر العقد الآخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلفا فى النكاح فقال الزوج تزوجتك حين كنت صغيرا وقالت المرأة تزوجتنى بعد البلوغ فان القول قول الزوج وان كان فيه فساد العقد لان ثمة ما أقر بالعقد بل أنكر العقد حيث أسنده الى حال عدم الاهلية وفى بعض النسخ ولانه ليس بلازم من واو العطف وهو الظاهر لانه فرق آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدده دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على

قال (ويجوز السلم فى الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة) لانه أسلم فى معلوم مقدور التسليم على ماذكرنا (وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضا لانه مقصود فيه

مسئلة الكتاب والثانى فى مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعى الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعى الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث فى مضى الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقاماها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف فى مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس فى المعقود عليه ولا فى بدله بخلاف الاختلاف فى الصفة يعنى انه ما هو قائم مما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفى الخلاصة اذا شرط فى السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضى يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفى فان قالا جيد أجبر على القبول واذا اختلفا فى السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبى يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبى يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا فى المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر فى نصف كر أو فى شعير أو فى الحنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا فى رأس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر فى كر شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين فمحمد مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم فى كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر فى كر وأقاما فعند أبى يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر فى كر وعقد بعشرة فى كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغى أن يقضى بسلمين كما فى الثوبين وفيها أسلم فى ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدنى دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذرعيا ففى الكيلى فان أسلم فى عشرة أقفزة فجاء باحد عشر وقال زدنى درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة فى البعض فيجوز كما فى الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فاعطى درهما لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقدمنا انه فى الاردأ والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شئ آخر وفى الثوب ان جاء بزيادة ذراع وقال زدنى درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بانقص فردمعه درهما لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بانقص وصفا لا يجوز ولو باز يد وصفا جاز الكل فى الاصل

الصحة ظاهر الخلاف المضاربة أى لم يتفقا فيها على عقد واحد لان الفاسد منه يكون اجارة (قوله اذا بين طولا وعرضا) يعنى بعد ذكر الجنس والنوع والصفة ورقعة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته (قوله وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضا) وذكر فى المبسوط واذا أسلم فى الحرير ينبغى أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغى أن يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتى وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقينا أنه لم يرد به قطع الحرير وأما فى الثياب فلا يشترط الوزن وذكر شمس الائمة رحمه الله اشتراط الوزن فى الوذارى وما يختلف بالثقل والخفة وفى المنتقى

قال (ويجوز السلم فى الثياب الخ) السلم فى الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لانه أسلم فى معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتى وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة وأما فى الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله اشتراط الوزن فى الوذارى وما يختلف بالثقل والخفة

ولا

قال (ولا يجوز السلم فى الجواهر الخ) العددى الذى تتفاوت آحاده فى المالية كالجواهر واللآلئ والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفى الذى لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفى صغار اللؤلؤ التى تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت فى المالية (ولا باس بالسلم فى اللبن والآجر) اذا اشترط فيه ملبنا معلوما لانه اذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددى المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثانى أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثانى أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وأما فى الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة (ولا باس بالسلم فى طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أى لا يجوز لان الجواز خير فينتفى قال (وان استصنع شيأ من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجىء انسان الى صانع فيقول اصنع لى شيأ صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يخلو اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيأ من ذلك أى مما تقدم من طست وقمقم وخفين أو لا والثانى لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجىء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضى عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه

(ولا يجوز السلم فى الجواهر ولا فى الخرز لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفى صغار اللؤلؤ التى تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن) ولا باس بالسلم فى اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما) لانه عددى متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة (ولا باس بالسلم فى طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا)

(قوله ويجوز السلم فى الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه أسلم فى معلوم) والرقعة يراد بها القدر ولا خلاف فى هذا بل فى اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقى الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز فى البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبوارى اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقل من الثياب عرفا كالوذارى يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا فى المنتقى اذا باع ثوبى حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح فى السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعريفها فى البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد فقزان الصبرة وهو غير مانع وفى الطول يذكر عدد الذرعان يجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فلذا ذكر القدورى أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كاوانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم فى الجواهر) بلا خلاف الا لمالك (ولا فى الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا) فى المالية فان الجوهرتين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا فى الصغار التى تدق للكحل والتداوى فيجوز وزنا (ولا باس بالسلم فى اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما) لانه عددى متفاوت اذا سمى الملبن وقوله (لا سيما اذا سمى الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمى يكون أحسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون وفى عرف بلادنا يسمونه قمينا أو قميرا وهو الذى يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل جيرا لانه يتفاوت فى النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه فى السلم بالمتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم فى التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفى عرفنا كيله فى شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفا (قوله ولا باس بالسلم فى طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى فى صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أوانى الصفر

اذا باع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا (قوله فان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا)

(قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلى فى الثانى لانتفاء الشرط فتأمل

للاجماع الثابت بالتعامل وفى القياس لايجوز لانه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعا لاعدة

اصنع لى خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أى برمة تسع كذا و زنها كذا على هيئة كذا بكذا و يعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيأ فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس أن لايجوز وهو قول زفر والشافعى اذ لا يمكن اجارة لانه استئجار على العمل فى ملك الاجير وذلك لايجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا لايصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا للغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج فى قوله صلى الله عليه وسلم لاتجتمع أمتى على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بمئزر ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لايذكر عدد ما يصب من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة وانما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطى ولهذا كان للصانع أن لايعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لايقبل ما يأتى به و يرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبى حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما فى الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لايجريان فى المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز فى الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها واثبات أبى اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع الا ترى أن فى بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفى الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله

بالاجماع الثابت بالتعامل) الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف فى أنه بيع أو عدة أو اجارة فان قيل يشكل على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسئلة المزارعة على قول أبى حنيفة رحمه الله فان المزارعة والمعاملة فاسدتان عنده وان كان للناس فيهما تعامل قلنا لا كذلك فان الخلاف فيهما كان ثابتا فى الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله وفى القياس لايجوز لانه بيع المعدوم وقد نهى النبى عليه السلام عن بيع المعدوم ووجه الاستحسان أن النبى عليه السلام استصنع خاتما ومنبرا ولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير فنزل منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام بأجر فانه جائز استحسانا لتعامل الناس والقياس يأبى جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطنى شربة ماء بفلس أو احتجم بأجر فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب ولم يكن قدر ما يحتجم من ظهره معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد رأوا الاستصناع حسنا فكان حسنا (قوله والصحيح أنه يجوز بيعا لاعدة) وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور أنه بيع لان محمدا رحمه الله سماه شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى ما لم يره وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل و بين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا فى الكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناسى عند الذبح جعلت موجودة حكما لعذر

وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشار قوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس فى سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملا وهى فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا فى الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا فى جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح أنه بيع لاعدة هو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة

(قوله ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أى فى رواية عن أبى حنيفة

والمعدوم

أنه سماه فى الكتاب بيعا وأثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده أو الخياط أن يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة تجوز فى الكل وثبوت الخيار لكل منهما لايدل على المواعدة ألا ترى أنهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجاب (بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسى للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع أجاب (بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته (٢٤٣) قبل العقد فاخذه جاز) وفيه نفى لقول أبى سعيد البردعى فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ذكره فى جامع قاضيخان وأجيب بان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد كما فى البيع فان قيل أى فرق بين هذا وبين الصباغ فان فى الصبغ العمل والعين كما فى الاستصناع وذلك اجارة محضة أجيب بان الصبغ أصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل فى عين المستأجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة فى حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أى كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل فى كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أى المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان

والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيأ لم يره ولا خيار للصانع كذا

(والمعقود عليه العين دون العمل) نفى لقول أبى سعيد البردعى المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبئ عنه

النسيان وكطهارة المستحاضة كما أن الموجود حقيقة يجعل معدوما للعذر كالماء المعد لدفع العطش يجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم لوجوده حقيقة فكذلك ههنا المستصنع معدوم يجعل موجودا حكما للتعامل وقد تحققت الحاجة ههنا اذ كل أحد لا يجد خفا يوافق رجله أو خاتما يوافق أصبعه و بيع المعدوم قد يجوز للحاجة أصله بيع المنافع (قوله والمعقود عليه العين دون العمل) قال أبو سعيد البردعى رحمه الله المعقود عليه العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به يدل على أنه معقود عليه والاديم آلة العمل وانما ينعقد بيعا عند التسليم والصحيح أن المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فاخذه جاز فان قيل لو كان بيعا لما بطل بموت الصانع أو المستصنع وذكر الامام قاضيخان رحمه الله أن الاستصناع يبطل بموت أحدهما والسلم لا يبطل بموتهما أو بموت أحدهما قلنا للاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع من حيث ان المعقود عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا القياس والاستحسان وأثبتنا فيه خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد كما فى بيع العين وفى الذخيرة و ينعقد الاستصناع اجارة ابتداء و بيعا انتهاء متى أسلم ولكن قبيل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى المصنوع من تركته ولو انعقد بيعا ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما فى بيع العين والسلم و يثبت له خيار الرؤية ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا بعد ما رآه والمعنى فى ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا ولا بد من اعتبارهما واعتبارهما جميعا فى حالة واحدة متعذر لان بين البيع والاجارة تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة و يمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما كما فى الهبة بشرط العوض فان قيل لو كان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل انه لا خيار للصانع ولانه انما لم يجبر على العمل وان كان ينعقد اجارة لانه لا يمكنه العمل الا باتلاف عين ألا ترى أن المزارع له أن يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته و رب الارض كذلك (قوله وهذا كله هو الصحيح) راجع الى

(قوله ألا ترى انهما اذا تبايعا الخ) أقول وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره بخلاف ذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا لما لم يره فلا وجه لخياره الا ما قررناه فتامل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الآن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتباره موجودا

شاء ترك لانه اشترى مالم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكر فى المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع مالم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيع الاعدة وعن أبى حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن أبى يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله ألا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامى لا يشتريه أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا فى دار الاسلام أجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين فى دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر فى دار الاسلام فى الفرائض التى لابد لاقامة الدين منها الا فى حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان مكثت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل فى دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التى لابد لاقامة الدين منها ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل فى أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ماذكره على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستعجال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصيره سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا للتاخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندوانى أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما فى الخلافية ان اللفظ حقيقة فى الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضى أن لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضى أن يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثانى على الاول بخلاف

ذكره فى المبسوط وهو الاصح لانه باع مالم يره وعن أبى حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبى يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلان فى اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبى حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل

كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ماذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم يره ولذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما نبطله بموت الصانع اشبهه بالاجارة وفى الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى

قوله أنه يجوز بيعا لاعدة والمعقود عليه العين دون العمل وقوله ولا يتعين الا بالاختيار لما أن فى كل واحد منها قولا آخر (قوله الا بضرر وهو قطع الصرم) فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا فى حقه لانه رضى به قلنا جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع مجبور على القبول وأنه مجتهد فيه (قوله فلما ذكرنا) اشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره فى المبسوط (قوله اذا أمكن اعلامه بالوصف) وصورته أن يجىء انسان الى آخر فيقول اخرز لى خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا درهما أو يقول للصائغ اصنع لى خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته ويسلم الثمن كله أو بعضه أو لا يسلم (قوله لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبى حنيفة رحمه الله) فيشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال فى المجلس وعدم الخيار لرب السلم اذا أتى بالمصنوع على الوصف الذى وصفه والمراد الاجل الذى يضرب للسلم فقال فى المبسوط هذا اذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال أما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على أن يفرغ منه غدا أو بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا للتاجيل المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندوانى أن ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذى ذكر المدة فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم (قوله فيحافظ على قضيته) يعنى أن العمل بحقيقة اللفظ واجب الا اذا صرفه عن الحقيقة

(قوله وعن أبى يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع باع مالم يره (قوله اختيار بعض المتاخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الا أنه لا منافاة بينهما فتامل (قوله وفيه نظر لان غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك أن مآل هذا النظر التكلم على السند الاخص وانه لا يجدى نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز

(بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره لا نسلم أن اللفظ محكم فى الاستصناع فان ذكر الاجل أدخله فى حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم أولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه (وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابى حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

(مسائل منثورة)

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) وعن أبى يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

المصنوع من تركته ذكره محمد فى كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى أجيب بأنه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة فى الآخرة كشراء مالم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهى فى الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالاصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لانه بالآخرة بائع والله أعلم

(مسائل منثورة)

المسائل التى تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة أى متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) هكذا أطلق فى الاصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدورى وفى نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبى يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى فى المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل فى النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذى لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول فى الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغى أن لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليما وفى بيع القرد روايتان عن أبى حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبى يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع

صارف وذكر الاجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال للخياط خط هذا الثوب غدا فيحمل على حقيقة الاستصناع (قوله وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه) أى باجماع الصحابة (قوله وفى تعاملهم نوع شبهة) فان عند زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز ولانه نقل من الصحابة رضى الله عنهم تعاملهم السلم وتايد الاجماع فى السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة وفى نقل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

(مسائل منثورة) (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) لا شك فى جواز بيع المعلم وأما بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله أنه اذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل التعليم كان منتفعا به فيكون مالا محلا للبيع والدليل عليه أنه ذكر فى النوادر أنه لو باع الجرو جاز بيعه لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذى لا يقبل التعليم وهكذا نقول فى الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيع وأما النمر فقد اختلف الروايات فيه عن أبى حنيفة روى الحسن رحمه الله أنه يجوز بيعه وروى أبو يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد

(مسائل منثورة) أى هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذى ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم فى رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شك فى جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لانه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فى بيته ويخبر عن الجانى بنباحه فساوى المعلم فى الانتفاع به (وعن أبى يوسف أن بيع الكلب العقور) أى الجارح (لا يجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه

خيار الرؤية (قوله يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه فى رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الاتقانى فى تعليل الشبهة لان الشافعى ينكر الاستصناع انتهى وأنت خبير بان قول الشارح أقرب من قول الاتقانى

(مسائل منثورة)

وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع (وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه
وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم
ملحفة جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سؤره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر

به وان المحل وجوازه البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية) وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل أخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لاغير وأجيب بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم وأما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله ابن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بار بعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما أمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا للتراب المخلوط بخلاف الدم يمتنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان ووجه قوله ماروى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية) وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي أيضا عن جابر مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى أجاز واتخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم

أنه لا يجوز بيعه وبيع الفيل جائز لانه منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات وأما الهرة فقد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أنه يجوز بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا باس به (قوله مهر البغي) أي أجرة الزانية (قوله ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية) فان قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لاغير قلنا ايراد الحديث لابطال مذهب الخصم ولان الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لان كل كلب يصلح لحراسة الماشية اذ من عادة الكلاب نباحها عند حس الذئب أو السارق ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا لان المال اسم لغير الآدمي مما يصلح لمصالح الآدمي فان قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالآدمي فانه ينتفع بمنافعه بالاجارة ولا يدل على أن عينه مال قلنا أن الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب فان قيل شعر

(قوله وترك التاء الحاقا الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله ولانه كقولهم ملحفة جديد) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة باللحاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بار بعين درهما الخ) أقول ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطيادا) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك
لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال وأجيب عن
الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى

الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحم حالة المخمصة واذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ماروي عن ابراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي النسخ فانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رووا هو الذي كان في الابتداء

ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء

من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعال ويخرج من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تتاتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ماسواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعد الى دليل المذهب وليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى في كلب بار بعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى في كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطا ظاهر ثانيهما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا) يعني مالا محلوكا متقوما أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأما انه مملوك متقوم فلانه محرز ماذون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الامر بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ماحدث الطحاوي عن أبي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ماروى من التشديد في سؤرها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس

الخنزير ينتفع به الاساكفة ولا يجوز بيعها قلنا أن الخنزير محرم العين شرعا الا يباح امساكه لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كاباحة لحم حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم اباحته لضرورة ليبقى ما وراءها على التحريم (قوله والحديث محمول على الابتداء)

ويجوز أن يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون الا في المبايعة

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي (قوله والثمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت كما في مهر البغي وفي حرمة بيعها وأكل ثمنها

(قوله ولانسلم نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه فى حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ماسيجىء قال (ولايجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعنى أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما (٢٤٨) يترتب على ذلك فى البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذى حرم شربها حرم بيعها

ولانسلم نجاسة العين ولوسلم فيحرم التناول دون البيع قال (ولايجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ولانه ليس بمال فى حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام فى ذلك الحديث فاعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر

العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولوسلم فنجاسة عينه توجب حرمة اكله لامنع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كماقيل جاز بيع ذلك التراب التى هى فى ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص فى منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شربها قال لا قال فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال أمرته ببيعها فقال ان الذى حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب مافيها وأخرج البخارى عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله (وقد ذكرناه) يعنى فى باب البيع الفاسد ويقوم اشكالا على جواز بيع السرقين اللهم الا أن يقال لاشك انه لابد من تقدير فى نحو حرمت الخمر فانا بينا فى الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ماهو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ان الله اذا حرم شيأ يعنى اذا حرم ماهو المقصود من الشئ حرم بيعه وأكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث فى السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر أما هذا الحديث فانما يفيد أن تحريم ماهو المقصود من الشئ موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها مايجوز للمسلمين ويمتنع عليهم مايمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالاقامة فى دارنا واعطاء الجزية فلايجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولاسلم فى حيوان ولانسيئة فى صرف وكذا كل مايكال ويوزن هم فى البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فانا نجيز بيع بعضهم بعضا الخصوص فيه من

فان قيل ماروى محرم وماذكرتم مبيح والمحرم آخرهما ورودا على ماعرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على السبق وقد دل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد فى أمر الكلاب قلعا لهم عن الاقتناء وكان ذلك فى الابتداء فيكون المحرم سابقا لامحالة (قوله ولانه ليس بمال فى حقنا) أى مال متقوم (قوله كالمسلمين) حتى أن الذمى اذا باع مكيلا أوموزونا بمكيل أوموزون من جنسه متساويا جاز ولايجوز متفاضلا (قوله ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين) أى بالايمان وموجب المعاملات ولما كانوا مكلفين ولايمكنهم اقامة ما كلفوا به الا

وأكل ثمنها قال محمد فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه فى العام الذى حرمت راوية كما كان يهدى فقال النبى صلى الله عليه وسلم ياأبا عامر ان الله تعالى قد حرم الخمر فلاحاجة لنا بخمرك قال فخذها يارسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ياأبا عامر ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها قال (وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) قال محمد فى الاصل لايجوز بين أهل الذمة ربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم فى الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولانسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل مايكال أويوزن اذا كان صنفا واحدا هم فى البيوع بمنزلة أهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى ذلك الحديث فاعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين ولانهم مكلفون يعنى بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ماتبقى به نفوسهم كالمسلمين ولاتبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولاتحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا فى حقهم كمافى حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة فى كونهما أموالا متقومة فى اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم ومايعتقدون كعقد

كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال فى اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم ومايعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشترى والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولاشئ على الضمين) وأصله أن الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعى لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أوخاسرا أورابحا ثم قد لايستفيد المشترى بها شيأ بان زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبى كبدل الخلع

قول عمر أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج عن اسرائيل بن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال ياهؤلاء انه بلغنى أنكم تاخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولانجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذى ذكره المصنف فى ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب الكل سواء كان

ببقاء أنفسهم كانوا محتاجين الى ماتبقى به أنفسهم كما فى حق المسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومن تلك الاسباب البيع فيجب أن يكون مشروعا فى حقهم كما فى حق المسلمين ليتمكنوا من تبقية أنفسهم لاقامة التكاليف (قوله ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها) الخطاب للعمال أى اجعلوهم ولاة بيعها (قوله ومن قال لغيره بع الخ) وصورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشترى لا يرغب فيه الا بالالف فيجىء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جوابا للكل ولو لم يوجد اباء ولا مساومة ولكن ايجاب العبد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان بذلك استحسانا أما ضمانه بعد الاباء والمساومة يصح قياسا واستحسانا وذكر فخر الاسلام رحمه الله وأصل ذلك أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله فاما فضول الثمن فيستغنى عن ذلك ويجوز أن يقابله تسمية المال لاحقيقته ألا ترى أن من باع عبدا بالغبن وقيمته ألف أن الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل فى ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك أعنى غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجدت صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولامعناها وقال الامام التمرتاشى رحمه الله فى قوله لو قال بعت بالف على

دل على ذلك قول عمر رضى الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم ياهؤلاء انه بلغنى أنكم تاخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشترى لا يرغب فيه الا بالالف فيجىء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشترى والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولاشئ على الضامن والفرق بينهما ماذكره بناء على الاصل المار (ان الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله لانه) (٢٤٩) أى الالحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أوخاسرا أورابحا ثم قد لايستفيد المشترى بتلك الزيادة شيأ بان زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها) فصار الفضل فى ذلك كبدل الخلع فى كونه لايدخل فى ملك المرأة فى مقابلته شئ فجاز اشتراطه على الاجنبى كهو لكن لابد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال والرشوة حرام لاتلزم بالضمان واعترض باوجه الاول كيف يجب شئ من الثمن عليه ولم يدخل فى ملكه شئ من المعقود عليه الثانى لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشترى ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان أصل الثمن لايجوز أن يجب على الاجنبى والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب فى أصل هذه المسئلة يغنى عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولاباس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأ فجاز أن يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة فى الثمن اذا كان المبيع يساوى الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشترى ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبى كبدل (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيجىء هذا الحديث فى كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضى الله تعالى عنه (قوله بناء على الاصل المار) أقول فى فصل بعد باب المرابحة

لكن من شرطها المقابلة

قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بالف واباء أو ابتداء قال فى بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفى بعضها ما يفيد أنه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله بع عبدك أمر ولفظة الامر لا تكون فى البيع ايجابا على ما مر من أنه لو قال بعنى هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقى نفسك فى التفويض فى الخلع فلابد أن المشترى يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة فى الثمن الى بيعه والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم مالا يعطيه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم فى الاول ان كان بامر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشترى صار بالف وخمسمائة وللمشترى أن يرابح على ألف وخمسمائة ولو كانت دارا ولها شفيع أخذها بالف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الالف على المشترى والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على ألف ويأخذها الشفيع بالف ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغى أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخى بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعقبه الرازى بان محمدا نص على أنه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط فى البيع كون تسليم الثمن على المشترى فاولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشترى ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبى قتادة فى الذى امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذى عليه فالتزمه أبو قتادة رضى الله عنه فصلى عليه فقد التزم دينا لا فى مقابلة شئ يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبى كذلك اذ لم يحصل للاجنبى فى مقابلتها شئ ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبى ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه

أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فباعه جاز البيع للمشترى بالف وخمسمائة على الاجنبى لانه جعل زيادة فى الثمن ولا يجوز فى حق المشترى حتى لو أدى الالف الى البائع له أن يقبض العبد وليس للبائع أن يحبسه لاجل الخمسمائة ولو أراد المشترى أن يبيعه مرابحة يبيعه على ألف وان كانت دارا فالشفيع أخذها بالف ولو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الخمسمائة من البائع وفى قياس قول أبى يوسف رحمه الله أن الاقالة بيع جديد ينبغى أن لا يسترد وكذا لو رده بعيبه بغير قضاء أو بقضاء يسترد ولو ضمن الاجنبى بامر المشترى و باقى المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبة فى حق المشترى وللبائع أن يحبس العبد حتى يصل اليه ألف وخمسمائة لانه لما ضمن بامر المشترى كان للضمين أن يرجع على المشترى فصار كان المشترى اشتراه بالف وخمسمائة وله أن يبيعه مرابحة عليه لان المرابحة تكون بما قام عليه وللشفيع أخذها بذلك ولو أراد المشترى رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا فالبائع يرد الالف على المشترى والزيادة على الضمين فان قيل يجب أن لا تصح الزيادة فى الثمن من الاجنبى لان أصل الثمن أن لا يجب على الاجنبى والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب أن لا تجوز من الاجنبى اذا كان ما بازائها يحصل لغيره قلنا ذكر الفقيه أبو بكر الجصاص عن الشيخ أبى الحسن الكرخى رحمهما الله أنه أورد هذا السؤال ومنع وقال يجوز أن يكون أصل الثمن على الاجنبى والمثمن لغيره كما تجوز الزيادة فى الثمن من الاجنبى وما بازائها الغيره وقال لا يعرف فى هذا رواية منصوص عليها عن

الخلع اذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبى فلا يتوجه الطلب على المشترى وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لابد أن يقابله شئ من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شئ فى مقابلته وقع فى الكتاب والخمسمائة بالالف واللام فى المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف فى امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر فى المضاف اليه على حذف مضاف أى الخمس

تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك فى الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان أن فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا

الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن فى مقابلته شئ يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الاجنبى وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما لا تكون فى مقابلة شئ تكون فى مقابلة شئ ووجودها فى مقابلة شئ أكثر أحوال العقد ان أحواله ثلاثة كونه خاسرا أو رابحا وعدلا وكونها الا فى مقابلة شئ فى وجه من الثلاثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية فى المشابهة خصوصا اذا كان يبنى عليها حكم شرعى فالاولى ما قيل ان الزيادة ثبتت تبعا فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبى ضامن لها لزم جواز مطالبة المشترى بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشترى لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبى والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشترى خلافا للائمة الثلاثة أما الاول فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو ما ملكها الا على الكمال كما فى ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل

أصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق ثم قال الجصاص هذا المنع الذى ذكر الكرخى مما يبعد لان عن أصحابنا رواية فى هذا فان محمدا رحمه الله ذكر فى كتاب الصرف وغيره أن من اشترى شيأ بدين له على غيره لا يصح هذا الشراء عند علمائنا لانه اشترى بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره والثمن لغيره واذا كان الشراء بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلان يبطل الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشترى أولى واذا كان كذلك لم يكن بد من الفرق والفرق أن القياس يأبى جواز الزيادة من الاجنبى فى الثمن لانها بدل المال معاوضة من غير أن يحصل بازائه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا أنا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبى شرعا وهو حديث أبى قتادة الانصارى رضى الله عنه حين امتنع النبى عليه السلام عن الصلاة على رجل من الانصار لمكان دين عليه قال أبو قتادة هو على أو الى أو فى مالى وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابلته والزيادة من الاجنبى فى الثمن فى معناه فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله وفخر الاسلام لو استدللنا فى جواز التزام الزيادة عن الاجنبى بهذا الحديث وهو حديث أبى قتادة ينبغى أن يجوز من الاجنبى التزام أصل الثمن أيضا كما يجوز الزيادة على الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينهما وبالاتفاق أن التزام أصل الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبى يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب أصل الثمن على المشترى فعلم أن بينهما فرقا (قوله تسمية) بان يتكلم بلفظ من الثمن وصورة بان يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وان لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا بالمزيد عليه فاشبه بدل الخلع فيصح اشتراطه على الاجنبى بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لانها ليست زيادة فى الثمن بل هو التزام مال مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام (قوله فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك فى الرقبة) فان قيل فعلى هذا كان ينبغى أن يصح بيعها قبل القبض لقيام سبب الولاية قلنا ورد النهى عن البيع قبل القبض والنكاح ليس فى معناه لان البيع يبطل بالغرر والنكاح لا يبطل به ولان القدرة على التسليم شرط لصحة البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى

برجل فوطئها الزوج جاز النكاح (لوجود سبب الولاية) للنكاح (وهو الملك فى الرقبة على الكمال) (وما ثمه مانع عن الجواز) لان المنع عن التصرف فى المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشترى كان فعله كفعله (وان لم يطأها) الزوج (فليس) أى مجرد التزويج (قبضا) استحسانا وفى القياس هو قبض وهو رواية عن أبى يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج عيب حكمى حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له أن يردها والمشترى اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقى كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان أن فى التعييب الحقيقى استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك فى الحكمى فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضا

(قوله وهذا التزويج) أقول الظاهر ان الإشارة الى الوطء

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة انه باعه اياه

القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن في الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا فكذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج تعييب منه للمبيع وكذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالاقرار منه عليها بدين والمشتري اذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقأ عينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا ليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فاقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن

أن بيع الآبق لا يجوز ونكاح الآبقة جائز وفي الفوائد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله والمختار قول أبي يوسف رحمه الله لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا والقياس أن يكون قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج له أن يردها فالمشتري اذا عيب المعقود عليه يصير قابضا التزويج كالاعتاق أو التدبير ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى أنه يقل رغبات الناس فيها وينتقص لاجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو أقر عليها بالدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي بان قطع يدها أو قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتاق والتدبير فان المشتري يصير قابضا بهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتاق انهاء للملك فيها واتلاف للمالية ولهذا يثبت له الولاء فمن ضرورته أن يصير قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) أي قبل نقد الثمن فاقام البائع البينة أنه باعه اياه وفي الفوائد في قوله ملك المشتري

قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشتري الخ) رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا أقامها فلا يخلو اما أن تكون الغيبة معروفة أولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار لبائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان

فان

فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

(فان كانت غيبة المشتري غيبة معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا للبيع (١) وقوله وان لم يدر أين هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) يبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليجيبه القاضي الى البيع نظرا للغائب لا ليثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاؤه) والغرض أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالرهن في يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بان من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقده اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر

ظهر باقراره اشارة الى أنه لا يشترط اقامة البينة للبيع اذا كان لا يدرى أين هو لان موضوع المسئلة أن العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط اقامة البينة ليكون البيع بحجة بالغة وهذه البينة لكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب ثم قيل ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع

المبيع يباع في ثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وأجيب بان ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره والثاني أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شئ يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أن يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا للبيع صوابه لأوفى كما هو ظاهر كتبه مصححه

فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذ نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفى ما نقده عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مواياه لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع فى ذلك (وهو أجنبى عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما انه مضطر فيه) لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن) فان من أعار شيأ رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره فى القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار فى حالة حضوره مفقود لامكان أن يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق

قال (فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبى عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أى فى دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه غير أن فى مسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفى مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا فى ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه فى أن يبنى السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر ومثل صورة حضوره ما فى عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر فى نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشى واذا ثبت حق الحبس فى مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى أن يستوفى الكل ولو بقى درهم المشترى وبيع المشترى قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضى وفيه نظر لان المشترى ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وقيل ينصب لان البيع ههنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل فى ضمن النظر ويجوز أن يثبت الشئ ضمنا ولا يثبت قصدا (قوله فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه) ذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقد اختلفوا فى مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند أبى يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قبل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لا يرجع على الغائب بما نقد خلافا لهما (قوله كمعير الرهن) بان أعار شيأ ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير يرجع بما أدى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير أمره لانه مضطر فى القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك ههنا بخلاف ما لو استأجرا فغاب أحدهما فنقد الآخر كل الاجر فهو متبرع لانه غير مضطر لانه لا حبس للآجر للاجرة فان هلك العبد فى يد الحاضر رجع على الغائب بما نقد عنه فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقد عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع (قوله كالوكيل بالشراء) وبيان أنه كالوكيل بالشراء أن الصفقة لما كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما

قال بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجرا دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر فى نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشى (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس ... حتى يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما مضى ان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لانه أضاف المثقال اليهما على السواء) لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوى قيل وكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر ولا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها فى الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوما من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما فى الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف فى وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضى أن ينصرف الى ما هو المتعارف فى البلد الذى وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جياد

قال (ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود فى كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد

كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتها أن يقول اشتريت هذه الجارية بالف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع فى رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه أن اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة أيضا مضافا اليها المثقال وينفى وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب فى الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف لا يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فانهما مضافان ذكره فى كشف الغوامض وفى المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف فى الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف فى وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما يصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف الى الوزن المعهود فى كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وأما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام فى كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو بيعا أو شراء أو مهرا أو وصية أو كفالة أو جعلا فى خلع ومنه ما لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياد

كالمعاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل وللوكيل أن يرجع على الموكل بما أدى عنه وان يحبسه لاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كالوكيل ينبغى أن لا يفترق الحال بين حضور المشترى وغيبته كمعير الرهن وكالوكيل بالشراء قلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت شبهة الوكالة عند غيبة أحدهما والحقيقة عند حضرتهما عملا بالشبهين والعمل على هذا الوجه أولى من العكس لمكان الاضطرار الى الجميع للانتفاع بنصيبه اذا كان غائبا (قوله ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) ولفظ رواية الاصل من الجامع الصغير بعتك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال فضة وذهب جيد ولا فرق فى الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة أو أخره عنها وكذا فى وصف الذهب أو الفضة بالجودة يكون وصفا لهما كما لو قال عبدى حر غدا أو امرأتى طالق أو قال عبده حر وامرأته طالق غدا أنهما يقعان غدا جميعا وقال الامام التمرتاشى رحمه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه أضاف العقد اليهما فيشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له على مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل

فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه فى الوصف مرعى كهو فى الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا فى الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له

فقضاه عشرة زيوفا وهو) أى رب الدين (لا يعلم) أنها زيوف (فهو قضاء) حتى لو انفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد) وذكر فخر الاسلام وغيره أن قولهما قياس وقول أبى يوسف هو الاستحسان له أن حقه فى الجودة مرعى كحقه فى المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا) من ضمان الاصل ليصل الى الوصف (ولهما أنه) أى الزيوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه فى الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه) يعنى هو ايجاب للقابض على نفسه (ولا نظير له) فى الشرع الا أن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من ايجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت أليس يرد مثلها فان قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف الا ان علم فرضى باعتباره انه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يضمنه شيأ قلنا يجوز ذلك اذا أفاد كالمولى اذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشراء الانسان مال نفسه الا اذا أفاد ويجوز أن يشترى مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له فى الشرع ويجاب بمنع الاتحاد فى المستشهد به بل الضمان فى المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له وفى النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان رأس المال الجياد وفى الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم

واحد النصف فكذا هذا فى جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو بيعا أو شراء أو مهرا أو جعلا فى خلع أو وصية أو كفالة أو غير ذلك وكذا لو قال له على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغى أن يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل أو تترجح الفضة لكونها غالبة فى المبايعات قلنا لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير الى قضية الاضافة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما توجب الشركة على السواء (قوله لان حقه فى الوصف مرعى كما هو فى الاصل) أى حق رب الدين فى وصف الدين من حيث الجودة واجب رعايته كحقه فى الاصل من حيث القدر وان كان المقبوض دون حقه قدرا لم يسقط حقه فى المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه وصفا الا أنه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض ان كان قائما ومثل المقبوض ان كان مستهلكا لان مثل الشئ له حكم عينه (قوله لانه ايجاب له عليه) وبهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى وضمان المرهون على الراهن وان كان ملكا له لان ذلك ضمان ملكه عليه لا له بل للغريم وهذا ضمان ملكه عليه له ولا نظير له فان قيل ايجاب الضمان له عليه انما يكون ممتنعا لعدم الفائدة وهنا اشتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجودة ألا ترى أن من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة ثم لو أفاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح لوجود الفائدة وهو تملك مال الغير بحصته من الثمن المذكور فى الشراء وكذا

(فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه فى الوصف مرعى) من حيث الجودة كما أن حقه مرعى فى الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص فى كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم امكانه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابى حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا فى الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والغرض أنه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له فى الشرع واعترض بوجهين أحدهما ان ايجاب الضمان

قال

على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح
والثانى ان المقصود الاصلى هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان

قال (واذا أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكنس فيها ظبى) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم فى ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعدا له

حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله ولو أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبى) أى دخل كناسه والكناس بيت الظبى وفى بعض النسخ تكسر أى وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض (لانه) أى لان كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح فى نسخة لانها (مباح سبقت يده) أى يد الآخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المقصود بقوله تعالى تناله أيديكم فى قوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم كذا ذكر وقوله (وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) جملة حالية هى قيد لقوله فهو لمن أخذه أى انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض أعدها لذلك بان حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فان كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضا حكما كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الآن للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فاغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع فى ثيابه النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان أى للآخذ فى زمان عدم كفه الثوب وقوله أو كان مستعدا له أى للنثار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا عسل النحل فى أرضه فهو لصاحب الارض لانه عدمن أنزاله أى من زيادات الارض أى ما ينبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذكر ضمير لانه وهو عائد على الارض وهى مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع فى شعر العرب قال

فلا مزنة ودقت ودقها * ولا أرض ابقل ابقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ فى أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن أخذ السمك فهو له وكذا فى حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد فى أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان فى موضع يقدر صاحب الارض

يجوز لرب المال أن يشترى مال المضاربة من المضارب بما فيه من الفائدة قلنا لا يصح وان كان فيه فائدة لان الجودة تبع للدراهم لانها وصف لها فنقض قبض أصل الدراهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الاصل تبعا للتبعه وهذا نقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك (قوله وكذا اذا تكسر فيها ظبى) وفى بعض الروايات اذا تكنس أى دخل فى الكناس وهو موضعه وانما قيد بالتكسر لانه لو كسره أحد يكون له (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) وأما اذا هيأها بان حفر بئرا للصيد ووقع فيها فهو له (قوله فصار كنصب شبكة للجفاف) يعنى فتعلق بها صيد وأخذه انسان فهو للآخذ (قوله أو كان مستعدا له معطوف

الفائدة ثمة انما هى للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثانى أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الاصل تابعا له قال (واذا أفرخ طير فى أرض رجل الخ) اذا أفرخ طير فى أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها أو تكنس فيها ظبى) وفى بعض النسخ تكسر فيها ظبى (لانه مباح سبقت يده اليه) فيملكه (ولانه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بارض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس التستر ومعناه فى الاصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبى ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض فى معنى الصيد لانه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) اشارة الى أنه لو أعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهى كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للآخذ (وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم فى ثيابه ما لم يكفه) أى يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له

(قوله وعن الثانى ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم (٢) قول الفتح وذكر ضمير لانه الخ هكذا فى الاصل

بخلاف ماذاعسل النحل فى أرضه لانه عدمن انزاله فيملكه تبعالارضه كالشجر النابت فيهاوالتراب المجتمع فى أرضه بجريان الماء والله أعلم

(كتاب الصرف)

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمى به للحاجة الى النقل فى بدليه

على أخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا ءلاث

(كتاب الصرف)

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ماهو أكثر وجودا وأيضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن فى الجملة تبع لماهو المقصود من البيع أخرعن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية أعنى المبيعات ومفهومه لغة وشرعا يذكره المصنف وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولاخيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك فى البيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفى الصرف خيار عيب أو رؤية جاز الا أنه لا يتصور فى النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لاعينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا الصاحب الدراهم بخلاف الاوانى والحلى ولو أسقطا فى المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب أن المختار أنه ليس الاشرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين أنه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفى ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى أنه ينبغى أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول القدروى (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وانما قال من جنس

على قوله مالم يكفه) على تقدير حذف حرف النفى أى ما كان مستعداله (قوله بخلاف ماذاعسل النحل فى أرضه حيث يكون العسل لصاحب الارض لانه عدمن انزال الارض) والنزل الزيادة والفضل والفرق أن العسل ليس فيه معنى الصيدية لافى الحال ولا فى المآل والارض فى يد صاحبها فما يكون فى يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لارضه كالشجر والزرع ينبت فيها والله أعلم بالصواب

(كتاب الصرف)

(قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من العوضين من جنس الاثمان) أى بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر سمى به لانه يحتاج الى نقل بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم ولانه عقد يرد على مال لا يقصد به ذاته بل يبتغى به الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمى التطوع صرفا لانه فضل على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا أى لا تطوعا ولا فرضا والاموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أو لا قوبلت بجنسها أو بغيره ونوع مبيع بكل حال وهو ماليس من ذوات الامثال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان معينا فى العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة فى الاصل فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا فى الذمة كذا قاله الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا فى الذمة ولهذا قلنا انها لا تتعين بالتعيين فكان ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم فى بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من أن يكون مبيعا والمكيل والموزون مستحق عينا بالعقد تارة ودينا أخرى فيكون ثمنا فى حال مبيعا فى حال ومن حكم

من

بخلاف ماذاعسل النحل فى أرضه) فان العسل لصاحبها (لانه عدمن أنزاله) أى من انزال الارض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما أن العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الصرف)

ولعل فى العبارة تحريفا والصواب وذكر ضمير انزاله وهو عائد الخ كتبه مصححه

(كتاب الصرف)

الصرف بيع خاص وهو الذى يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم مايدل على تأخيره عن السلم فى اول السلم وسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما (للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة) يعنى لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلولم يطلب به الزيادة والعين حاصلة فى يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون (٢٥٩) مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمى به لكونه أداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر قال (فان باع فضة بفضة الخ)

(قوله وقد تقدم مايدل على تأخيره عن السلم) أقول الذى يهمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا فاكتفى به (قوله ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بمشروع فان قيل ماذكره مشروع بأصله قلنا فليكن مانحن فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الاول لا يغنى عن الثالث اذ المراد عد شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتامل

من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال (فان باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا فى الجودة والصياغة)

الاثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقدفان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمى اصطلاحا به لان مفهومه اللغوى هو النقل ومنه فى دعاء الاستخارة فاصرفه عنى واصرفنى عنه ونقل كل من البدلين عن مالكه الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان فى المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أوهو) أى معناه اللغوى (الزيادة) وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر فى الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاخلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا فى قوله صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التى هى الزيادة والعدل الفرض الذى هو حق مستحق عليه ولا شك فى مناسبة تسمية الفرض عدلا فقيل عليه قد فسر الزمخشرى بغير هذا قال فى الفائق فى ذكره صلى الله عليه وسلم لامر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفدا يعادل نفسه والمراد من احداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا فى ذلك فقد ذكر فى الجمهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفى الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب * واعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهى الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ماليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن وان لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء فى قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة فى البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره فى نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو فى الاصل سلعة فان كانت رائجة فهى ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهى سلعة كالفلوس (قوله فان باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل) يعنى فى العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا فى الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعهما مجازفة ولم يعلما كميتهما وكانا فى نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا فى المجلس فظهر امتساويين يجوز وعند أبى حنيفة لا يجوز ولو وزنا بعد

الثمن أن لا يشترط وجوده فى ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه وصح الاستبدال بالآخر والمبيع بخلافه

لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلا بمثل و زنا بو زن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء وقد ذكرناه فى البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا ولقول عمر رضى الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر

الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول الشرط التساوى وقد ثبت واشتراط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم فى هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا ومالم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز اذا وزن فى المجلس فظهر متساويا أيضا لكن جاز فى الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد أنشئ الآن لان ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر أى بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعا فى الحديث أن يجعل عامله متعلق المجرور أى الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدرى فى البخارى عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر فى أنه مفرغ للحال و بقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح فى معنى النقص والاقلال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله و زنا بو زن بعد ذلك ولا تشفوا فى حديث البخارى المذكور تفسير لمثلا بمثل فان المثلية أعم ففسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديئها سواء أيضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبى حنيفة عن الوليد ابن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء كسروانى قد أحكمت صياغته فبعثنى به لابيعه فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا فهذا ويدخل فى اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة أو ذهب باناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناءين من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا وذلك لان صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفى فوائد القدورى المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يفسد على القول الاصح وقوله (لما روينا) يعنى قوله يدا بيد وكذا ما روينا من حديث

(قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) اختلف المشايخ رحمهم الله أن القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد أو شرط بقائه على الصحة فعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو أن يقال ما يكون شرط الجواز يشترط حالة العقد كالشهادة فى باب النكاح والمالية فى المبيع والجواب أن اشتراط القبض حالة العقد غير ممكن لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلق الجواز بقبض يوجد فى المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد فكان كالموجود عنده حكما (قوله لما روينا) هو ما روى قبيله يدا بيد

فان باع رجل فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا فى الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة فى القدر لا فى الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء وقد ذكر ذلك فى كتاب البيوع فى باب الربا حدث محمد رحمه الله فى أول كتاب الصرف فى الاصل عن أبى حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء كسروانى قد أحكمت صياغته فبعثنى به لابيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو (ما روينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضى الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو فى الدلالة على وجوب القبض كما ترى و بالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما اخراجا للعقد عن الكالئ بالكالئ وذلك يستلزم قبض الآخر

تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربا) (قوله فى الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفى وهو قوله ثم لا بد (قوله ولان أحدهما) دليل آخر وتقريره ان أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق فى ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولانه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالئ بكالئ و بيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم فى بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان فى بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين (٢٦١) وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها أجيب بأن عدم الجواز فى المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم فى موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة فى هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى مشيا معا الى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنهما

قال المصنف (تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا) أقول سيجىء بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين فى شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقانى والاظهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة

تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا فى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنه

البخارى قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وان استنظرك الى آخره رواه مالك فى الموطا عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هات وهات انى أخشى عليكم الربا وفى رواية قال الرما بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف وحله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل فى أحد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم فى قبض العوضين لجواز أن يجعلا معا نسيئة قال لا بد شرعا من قبض أحد العوضين كى لا يلزم الكالئ بالكالئ أى الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان فى معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لاطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق المذكور بان المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة فى باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا فى هذا الحكم وقوله فى جهة واحدة لانهما لو مشيا كل

(قوله ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة) يريد به أن الشبهة فى الحرمات ملحقة بالحقيقة (قوله لقول ابن عمر رضى الله عنه وان وثب من سطح فثب معه) وفى المبسوط وعن ابن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنه فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقهم حتى تستوفى وان وثب عن سطح فثب معه وليس المراد منه الاطلاق فى الوثبة المهلكة بل هو مبالغة فى ترك الافتراق بالابدان قبل القبض

بحسب المعنى (قوله فان قيل الى قوله بالمصوغ نسيئة الخ) أقول المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل فى السياق (قوله فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة) أقول أى بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة وتمام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة الى ما سبق فى باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعى فى عدم اشتراط القبض فى سائر الاموال الربوية فراجعه (قوله أجيب بأن عدم الجواز فى المضروب نسيئة الخ) أقول أى بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول اذ معناه عينا بعين على ما سلف فى باب الربا والتعين فى المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين فى نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر الى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح فثب معه) وقصته ماروى عن أبي جبلة قال سألت عبدالله بن عمر رضى الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتى اذا بين جواب ماسئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر فى قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار المخيرة) يرجع الى قوله لم (٣٦٢)

يبطل الصرف يريد أن مشى المخيرة معزوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه (قوله فان افترقا فى الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعنى لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا أصح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشئ يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أجيب به بان شرط الجواز ما اشترط مقارنا لحالة العقد الا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز

وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ماذكرناه فى قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء (فان افترقا فى الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد)

فى جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مانعا الا اذا لم يثب معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره فى المبسوط فقال وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب عن سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتى اذا أجاب لا باس ان يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعتبر فى قبض رأس مال السلم) يعنى أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار المخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا مشت مع زوجها فى جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعتبر فى الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس والتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما فى المجلس قبل الافتراق أو أغمى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما او أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فارسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التى لى عليك بالدنانير التى لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما فى رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا أى حرام

(قوله وكذا المعتبر ماذكرناه فى قبض رأس مال السلم) أى المعتبر تفرق الابدان لا القيام عن مجلس العقد بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض اذا التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله (قوله الذهب بالورق ربا) أى حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم وقوله هاء بوزن هاع أى خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان

بقبض يوجد فى المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما فى الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد فى مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا لفوات

(قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشئ يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أجيب به بان شرط الجواز) أقول قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجىء بعد أسطر وهو قوله فعلى ماترى فيه من التمحل (قوله فعلقنا الجواز) أقول فى التفريع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخى قبل العقد وأما لو قال لما فيه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لاندفع ذلك

حكما فعلى ماترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء (ولهذا) أى ولان الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار فى الصرف ولا الاجل) بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام أو قال الى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه الملك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين ان فى الخيار يتأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن فى الحال مستحقا وفى الاجل ذكر فى العقد ماينافى القبض وذكر منافى الشئ مفوت له كذا قيل وكأنه راجع (٣٦٣) الى أن فى الاول استحقاق القبض فائت

وفى الثانى القبض المستحق شرعا فائت (قوله الا اذا أسقط فى المجلس) يعنى منهما ان كان الخيار لهما أو من له ذلك (فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره) استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس وان أسقط الاجل فكذلك وان أسقط أحدهما فكذلك فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف ان صاحب الاجل اذا أسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف فى شرح القدورى لمختصر الكرخى وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان فى الصرف كما فى سائر العقود الا أن خيار الرؤية لا يثبت الا فى العين لا الدين فانه لا فائدة فى رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة قال (ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع فى الثوب لفوات

لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثانى يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار فى المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفى تجويزه فواته وكان ينبغى أن يجوز العقد فى الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها

باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله فى حقيقته شرعا وان اسم الربا تضمن الزيادة من الاموال الخاصة فى أحد العوضين فى قرض أو بيع ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفى الحل فى كل حالة غيرها فيدخل فى عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوى والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار فى المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان أى شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقدمنا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبى حنيفة فى مسئلة وهى ما اذا باع جارية فى عنقها طوق فضة زنته مائة بالف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل فى الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بان فى الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو الصرف وفى الثانى انعقد أولا على الفساد فشا وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفى الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح فى المشهور وليس فى الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلى والاوانى من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو ستوقا فحكمه فى جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل أن لا يجوز التصرف فى أحد بدلى الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفى المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة ومامعها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (مالو باع دينارا بعشرة) مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد لان القبض) فى العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع فى الثوب سقط فلا يجوز

(قوله لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا) أى بشرط الخيار والثانى يفوت القبض المستحق أى بالاجل (قوله الا اذا أسقط الخيار فى المجلس فيه) خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا أسقط الاجل بان سلم فى المجلس (قوله ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع) فان قيل لو جعل كل واحد منهما مبيعا لاشترط قيام الملك فى كل واحد منهما حالة العقد حتى لا يصير بائعا ماليس عنده ولم يشترط قيام الملك

القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربا حرام حقا لله والقياس يقتضى جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة

(قوله وكأنه راجع الى أن فى الاول استحقاق القبض فائت وفى الثانى القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أى لعدم الملك وقوله القبض المستحق أى لكونه مالكا وقوله شرعا فائت أى للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنة (قوله اذ الربا حرام) أقول يعنى النسيئة

ولكنانقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان البيع لابدله منه ولاشئ سوى الثمنين فجعل كل واحدمنهما مبيعا لعدم الاولوية و بيع المبيع قبل القبض لايجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما

بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه واورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا أنه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلا وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة العقد الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا على احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين فى البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا فانما قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا فى عدم تعين النقد فى البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ما ذكروا فى عدم تعين الدراهم فى البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لا جرم أن المصنف انما أجاب بان الثمن فى باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له و بيع المبيع قبل القبض لايجوز يعنى واذا لم يجز لم يدخل فى ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف فى ثمنه كان بالضرورة قائلا بان البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا للثمن الثوب سواء سميته مبيعا أو ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن علكه البائع ولما لم يمكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدورى عنه أعنى أن البيع الثانى جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذى فى ذمة المشترى قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا

فى الدراهم والدنانير وقت العقد فقد ذكر فى الكتاب لو باع رجل من آخر دينارا بدراهم وليس فى ملكه هذا دينار ولا فى ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر دينارا ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مثمنا من وجه بعد العقد لان اعتباره مثمنا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بدله من مثمن كما لا بدله من ثمن فيعتبر كونه مثمنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما فى بيع العرض بالعرض فان كونه ثمنا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مثمن فى الاصل وانما يصير ثمنا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بدله من ثمن فيعتبر كونه مثمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك فى كل واحد منهما حالة العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه ثمنا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك أحدهما بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمنا من كل وجه كذا هذا واذا اعتبرت الثمنية قبل العقد فى البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشار اليه (قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا) جواب اشكال وهو أن يقال لو كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا فالمسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب

ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا فى المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء أولى بالثمنية وأجيب بان ذلك فى الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا فى الذمة لا فى الاثمان الخلقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه

قال المصنف (ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر فى كونه مبيعا فيما اذا جعل فى مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجىء فى بيع الدراهم الغالبة الغش بمثلها متفاضلا حيث شرط القبض فى المجلس (قوله اذا كانت دينا) أقول وقابلها مبيع

في

مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا فى ملكهما فاستقرضا فى المجلس وافترقا عن قبض صح وأجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين فى الوزن فى الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم فى هذا الباب كالمتحقق والنبى صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة فى علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما أراد المماثلة فى علم العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا فى المجلس وعلما فى المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء كان فى المجلس أو بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها فى الواقع والجواب ما قلنا أن المراد بها ما هو فى علمهما قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفى مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق فى المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا

فى المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض فى المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة) لان قبض حصة الطوق واجب فى المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون

بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أى فى بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض فى المجلس لما ذكرنا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة فى مثله أن يقول لما رويناثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود الى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذه منهما صرف أيضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل فى الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففى قوله خذه منهما عارضه

الجواز اذ الشبهة كالحقيقة فى الحرمات (قوله لما ذكرنا) أى من الحديث والمعقول (قوله بخلاف بيعه بجنسه مجازفة) لما فيه من احتمال الربا وان كانا متساويين فى الوزن فى الواقع لا يجوز أيضا لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تبايعا ذهبا بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علم بالوزن أنهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لزفر رحمه الله (قوله ألف نسيئة وألف نقد) ولو اشتراها بألفى مثقال فضة نسيئة فسد فى الكل عند أبى حنيفة رحمه الله أما الطوق فلفوات التقابض وأما فى الامة فلان المفسد مقارن العقد وقد تقرر فى الكل معنى من حيث ان قبول العقد فى البعض شرط لقبوله فى الباقى وعندهما لا يفسد فى الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما أما لو اشتراها بألفى مثقال ولم ينقد من الثمن شيأ حتى افترقا

معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلاتية وسهوا أيضا ثم أتى بسجدتى السهو وسلم تصرف احدى سجدتى السهو الى الصلاتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع سا كتا منهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه

(قوله اذا عرف التساوى بالوزن الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره فى مسئلة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتأمل فى جوابه

فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية) لانه صرف فيها (وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية) لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

أيضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد استعمل فى الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما) وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس فى مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم فى) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فأذنا وأقيما وانما أراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا أنه قد قيل أن هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما دللنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل فى العقد شاع الفساد فى الجارية أيضا على قول أبى حنيفة رحمه الله لأن الفساد فى ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافراط فى تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصرى ووضع هذا المقدار فى العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا فى الصورتين حتى افترقا بطل فى حصة الطوق والحلية لانه صرف فيهما ويصح فى الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم تتخلص منه الا بضرر فيه فسد فى السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فيه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما فى جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه أمكن افراده بالبيع وبطل فى الحلية خاصة ثم الجواب فى المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل ولا يدرى واختلف المقومون فى ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل فى صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بان جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف فى الفساد فلا حاجة الى الترجيح

بطل فى الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد فى الطوق طارئ فلا يتعدى الى الامة (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان قبض حصة الطوق واجب فى المجلس ولو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح فى الاستحقاق عند المساواة فى العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك والقول فى بيان جهة التمليك اليه كذا فى المبسوط (قوله وللربا) أى فيما اذا كانت مثله أو أقل منه أو لاحتماله أى فيما لا يدرى وفيه خلاف زفر رحمه الله (قوله وجهة الفساد من وجهين) بتقدير المساواة والنقصان والجواز بتقدير الزيادة ولو استوت الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطا فما ظنك اذا كانت جهة الفساد أكثر فان قيل الترجيح انما يكون بشئ لا يكون علة لاثبات الحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين أعنى المساواة والنقصان من المقر علة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح قلنا مراده أنه اذا كان أحدهما

وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيأ حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها وأما فى السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز فى السيف وبطل فى الحلية لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعنى الثمن (أزيد مما فيه) أى المبيع تعميم الكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خمسون

(قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

قال

والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه تمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهى أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التى مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضى الى الربا والثانى أن يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز لانه ربا لان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب شمس الائمة الكردرى رحمه الله بان مراده أنه اذا كان أحدهما يكفى للحكم فما ظنك بهما الا الترجيح الحقيقى اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا الخ) ومن باع اناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه (٢٦٧) وصح فيما قبض واشترك كافى الاناء

قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب فى الاناء (ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعيض قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة

مع انه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض و) لا يشيع (الفساد) فى الكل لانه (طارئ) بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فى الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقى بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز) البيع (وجعل كل واحد) من الجنسين (بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة) أو باع السيف

يكفى للحكم فما ظنك باجتماعهما الا الترجيح الحقيقى (قوله لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد) بخلاف مسئلتى الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحدة منهما صرف وبيع فاذا نقد بدل الصرف صح فى الكل (قوله وكان الاناء مشتركا بينهما) ولا يقال ان فيه تفريق الصفقة على المشترى فينبغى أن يتخير لان التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد فصار كهلاك أحد

لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد فى بعض دون بعض فصح أى بقى صحيحا فى بعض وبطل فى آخر وهذا بناء على أن القبض فى المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أى ولو استحق بعض الاناء فى هذه المسئلة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة فى الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير

بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان فى صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر

والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا أى سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بالف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بالف وان أمكن تصحيحه لصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع فى الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) اقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك فى الثالث غير ظاهر اذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتامل

واهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بالف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أى تصرف العاقد (لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر اذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بالف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة أخرى وأخرى. ولانه حينئذ ينتفى الانقسام بادنى تامل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد فى الثوب والفرس جميعا ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع فى الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد فى المشترى بالف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد فى الدرهمين ولا يصرف الى الثوب بما ذكرنا فهذه

العوضين ولان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن (قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع) بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذا الحنطة والشعير والدراهم والدينار من أحد الجانبين أكثر فيتحقق الربا وفى صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لا دليل عليها فى لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف كما فى المسائل المذكورة ولنا أن العقد يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منهما ولكنه هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الذات لا تخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف فى الرقبة ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح ويصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التغيير به ولما كانت هذه المقابلة تحتمل مقابلة الفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب أن يحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولهذا وجب حمل كلامه على المجاز اذا لم يصح الا بالحمل عليه وبه تبين أنه ليس بتغيير لكلامه بل هو تعيين أحد المحتملين ولئن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا أصله اذ موجبه الاصلى ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وهو باق بعده ولهذا قوبل الفرد بالفرد فى الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو

ولنا

ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغى أن يكون مرادا أما انه جائز الارادة

(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما فى مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وفيه تغيير وصفه لا أصله لانه يبقى موجبه الاصلى وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل أما مسئلة المرابحة فلانه يصير تولية فى القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفى الثالثة أضيف البيع الى

أحكام اجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندى فى التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقق المماثلة فيما اذا تعينت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثانى فممنوع وان قلت الاول فمسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة فى التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على أصلى اجماعى وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز وترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج فى كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة

قوبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض حينئذ يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض وصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحيحا للتصرف وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفى البلد نقود مختلفة وبعضها أروج يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا للتصرف وان كان فيه تقييد كلامه (قوله وفيه تغيير وصفه لا أصله) أى وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما أن وصف العقد يقتضى الانقسام بالشيوع لكن الانقسام بالشيوع تغيير أصل العقد لان أصل العقد العقد الصحيح الذى يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغيير الاصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفى مقابلة الفرد بالفرد ابقاء لاصل العقد على قضيته وهو ثبوت الملك فى الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان أهون التغييرين فكان أولى وفى المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه واذا لم تتحقق المعارضة يترجح ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه (قوله لانه يصير تولية) أى تغيير أصل العقد لانه عقد المرابحة فلو صححنا تصرفه يصير تولية (قوله والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين) أى طريق الجواز لانه كما يجوز أن تصرف الالف الى المشترى فكذلك يجوز بان تصرف اليه ألف وواحد أو اثنان أو ثلاثة والى الآخر تسعمائة وتسعة وتسعين أو شئ والوجوه كلها سواء وليس بعضها أولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قيل قد تعدد طريق الجواز هنا لانا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدينارين يصح قلنا نعم الا أن التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجح

فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لامحالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكر بر بها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر وأما وجوب أن يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك بامكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلناهذا غلط لانا ما أردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على أى وجه كان على أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل (٢٦٠) تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثانى ممنوع لان موجبه الاصلى أوهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه و بين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان فى ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك فى النصف باقيا ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها أما الاولى أعنى مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية فى القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير فى الاصل أو غير ذلك فان كان الثانى فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم فى باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز أن يقال ان ذلك فى المساومة أما اذا صرح بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية فى أصل العقد لا فى وصفه وأما الثانية فبقوله والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف للمشترى وقد تقدمت هذه المسئلة فى شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلأنه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وأما فى الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا فى الابتداء يعنى ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو فى الابتداء صحيح

قال

المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفى الاخيرة انعقد صحيحا والفساد فى حالة البقاء وكلامنا فى الابتداء

الجملة بالجملة شائعا الا أصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وصار كما تفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه و بين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين أما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذ يصير تولية فى القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد فى مسئلة الطوق والجارية أن يحمل قوله بعتهما بعشر ين مرابحة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما يعنى الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لا يضر اذ يصدق أن العقد مرابحة بثبوت الربح فى بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفى المسئلة الثانية وهو ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بائعا للمشترى ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بان طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أجيب بان التغيير ما أمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وأيضا فان الذى ادعيناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن أن يصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار فى فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجع قول صاحب الكافى فى الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لانه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتمانع الوجوه فيمتنع أما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا النافى أصل هذا الاصل نظرا استند الى جواز ثبوت الشئ بعلل مستقلة اجتمعت دفعة وأما فى المسئلة الثالثة وهى ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فلان البيع أضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل الشئ على ضده فليس بشئ لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة فى قوله عبدى أو حمارى حر انه يعتق العبد و يجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب فى محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة ان لحظ له جواب فذلك أحد وجوهه ولما ذكرناه رجح لان العقد ورد باسم الدراهم فتجويزه مع بقاء اسم الدراهم أولى (قوله والفساد فى حالة البقاء وكلامنا فى الابتداء) والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة الى الابقاء على الصحة لأنه لولا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم فى مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمة موهوم

(قوله فهو ممنوع لما تقدم فى باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع اللغوى فلا يرد أنه يؤل الى مقابلة المنع بالمنع

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لان شرط البيع فى الدراهم التماثل على ما رو ينا فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق

والا فلا يضر النقض فى اثبات المطلوب اذ غايته أنه خطأ فى محل آخر اذ اعترف بخطئه فى محل النقض وذلك لا يوجب خطأه فى محل النزاع وأما فى المسئلة الاخيرة وهى ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس فى الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طروه متحققا ولا مظنونا فيجب اعتبار الصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنهما يتقابضان بعدما عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولا وهى الرجوع فى ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت فى المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما فى الايضاح قال الاصل فى هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق و وجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فانما تجب القسمة على الوجه الذى يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما فى مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التى تلى هذه وهى قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع فى الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما ثم فرع المنصف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة فى الحكم فهى مكروهة فقال (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب) يعنى وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الاقل شيأ آخر كفلوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة فى البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كفا من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده فى قلبك قال مثل الجبل ولم تر والكراهة عن أبى حنيفة بل صرح فى الايضاح أنه لا بأس به عند أبى حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر فى المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فانه مكروه ولهذا أورد لو كان مكروها كان البيع فى مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهى المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة ولا يخفى أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته

لجواز أن يتقابضا فى المجلس وهنا متحقق (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) فى هذه المسئلة أحد الطرفين جنس واحد والآخر مشتمل على جنسين (قوله على ما رو ينا) وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والظاهر أنه أراد به ذلك أى أن البائع أراد بهذا العقد الذى ذكرناه وهو أن تكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ولو تبايعا فضة بفضة ومع أقلهما شئ آخر يبلغ قيمته باقى الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوبا بخمسة عشر درهما وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهة كالجوزة وكف من زبيب وانما كره لانه احتيال لسقوط الربا بالاخذ الزيادة بالحيلة فيكره كبيع العينة فانه مكروه ولهذا (قوله

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفى هذه أحدهما وهى صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال (ولو تبايعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيأ معه بخمسة عشر درهما فاما أن يكون مما له قيمة أولا والاول اما أن تبلغ قيمته الفضة أو لا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوى خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة فى أخذ الزيادة بالحيلة

واما لانه يفضى الى أن يالف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيها الكراهة أجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق فى المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقا أو مقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة الذى عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقطت (٢٧٢) العشرة عن ذمة من هى عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غايته ما فى الباب ان هذا عقد صرف وفى الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لان بقبض أحد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين فى معنى التادى فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما هو فى دين يقع الخطر فى عاقبته وان كان مقارنا بان أطلق العقد ولم يضف الى العشرة التى عليه ودفع الدينار فاما أن يتقابضا أولا فان كان الثانى لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز و وقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو ببدل

أخذ ببدل الصرف عرضا وجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل

الربا اذ الزياد لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا

قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه وبالنظر الى الطرف الآخر والذى يقتضيه النظر أن يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة فى جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كما يفيده وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال *(فرع)* اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر فى التراب شئ فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لا شئ فى التراب لا يجوز وكل ما جاز فمشترى التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم ير (قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعينه بالقبض ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة) أى من غير أن يقيد بالعشرة التى عليه أما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة التى عليه يجوز البيع بلا خلاف وفيما اذا باع دينارا بعشرة مطلقة ثم تقاصا بالعشرة التى عليه خلاف زفر رحمه الله وهو القياس وفى الاستحسان يجوز وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضا أو دينارا (قوله ووجهه) أى وجه الجواز أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرناه وهو قوله ولا بد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدا بيد والدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض فلم تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغى أن يكون القبض شرطا لان الاقالة بيع فى حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا فى حقه قلنا صارت الاقالة هنا فى ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الاقالة بل حكم البيع لها فى حق الثالث فيما اذا كانت الاقالة ثابتة قصدا وفى الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد لانهما لما أضافا العقد الى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال فلهذا وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما وعقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض البدلين انما

(قوله وهو لا يتحقق فى المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد فالاقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة (قوله ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك الى الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بان أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينا فى ذمة المشترى مقارنا للعقد فان الغرض انه لم ينعقد لى تقاصا (قوله ما لم يتقاصا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة السلام يدا بيد) أقول الاولى أن يقول

الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا أقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذى كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثانى ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان لاقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (٢٧٣) (وفى الاضافة الى الدين) يعنى المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه) وعن الثانى بان المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانهما لما أبطلا عقد الصرف صار كأنهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت فى ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع و زفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم فى المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنى أكرى ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيقان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر

ببدل الصرف وفى الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء

لان تعيين أحد البدلين فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوى وقد اندفع الدين بالدين فى هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذى يتحقق منه التعين فى البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهى مسئلة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه يكون شرطا احترازا عن الربا فانه اذا كان أحدهما مقبوضا والآخر غير مقبوض وافترقا يكون بيع عين بدين والعين خير من الدين لان الدين مما يقع الخطر فى عاقبته ولا خطر فى دين يسقط فلا ربا بينه وبين المقبوض فى المجلس ألا ترى أن الدين بالدين حرام ثم لو تصارفا دراهم دين بدينار دين صح لفوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه فى الابتداء لا يصح فكذا اذا حولا العقد اليه فى الانتهاء وهذا لان ما يقابل برأس المال فى السلم دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دينا بدين وفى الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض فى المجلس والافتراق عن عين بدين جائز هذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم باع المشترى من البائع ثوبا بعشرة لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه فى الدين المتقدم لا تقع بنفس العقد ففى التأخر أولى فاما اذا تقابضا قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله لا تجوز المقاصة هنا لان الدين لاحق فيكون صرفا بدين سيجب والاصح أنه لا يصح لانه لما تقابضا تضمن ذلك فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا بدين سبق وجوبه والغلة من الدراهم المقطعة التى فى القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة كذا فى المغرب فيردها بيت المال لا لزيافتها ولكن لكونها قطعا

لقوله عليه الصلاة والسلام هاء وهاء فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين فى المجلس فى بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفى الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلج فى بالك شئ فى صحة المقاصة فى هذه الصورة فاعلم أن فى الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد كما يجئ فى كتاب الوكالة فكان الاطلاق والتقييد سواء فليتامل قال المصنف (على ما نبينه) أقول قال الاتقانى اشارة الى قوله فكفى ذلك للجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وترك التفصيل فى موضع يحتاج اليه يكفى لصحة الاستدلال

وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان فى رواية أبى سليمان وهى التى اختارها فخر الاسلام وقال المصنف فى أصح الروايتين تقع المقاصة وفى رواية أبى حفص واختارها شمس الائمة وقاضيخان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبى صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة فى دين سابق بحديث ابن عمر رضى الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال (٢٧٤) الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا أضيف أن القياس يقتضى أن لا تقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبى عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة الخ) الغلة من الدراهم هى المقطعة التى فى القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله فى محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثانى فلان المانع ان تصور ههنا فى الجودة وهى ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهى دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة فالاول كما فى الردىء والثانى ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب فى مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا فى حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا فى الوزن سواء

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك فى أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة فى الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهى فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهى ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا فى الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردىء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردىء

العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا فى العقد بها والا لم يكن قضاؤها أصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل فى أعتق عبدك عنى بالف أنه يقع عن الآمر اذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بحالها بان عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشترى الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عنها ففى رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمى غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال) لا لزيافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون فى القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العالى وانما جاز للمساواة فى الوزن والجودة فالعبرة ساقطة الاعتبار لان الجودة فى الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما أن يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة اقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب فى الدنانير والفضة فى الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردىء منه) الذى يقال له ناقص العيار فى عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الحاقا له بها واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب والفضة الا متساويين فى الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بها الا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين

(قوله ووجه تحقق المساواة فى الوزن) أى وجه الجواز شرائط الصحة لان المساواة فى الوزن متحققة والمساواة فى الجودة ليست بمشروطة لما عرف أن الجودة ساقطة العبرة لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أى وجه الاصح

(وان كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التى فى الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالبيع فاسد وان كانت أكثر صح وهى (٢٧٥) الوجوه المذكورة فى حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهى فى حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبقى التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا (واشتراط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر) وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعنى التفاضل (فى العدالى) والغطارفة أى الدراهم الغطريفية وهى المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد (لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه) أى لو أفتى باباحته (تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس) ثم المعتبر فى المعاملات بها المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فهما فيها بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هى مادامت تروج تكون

سواء (وان كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس) فهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضى الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك فى العدالى والغطارفة لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هى مادامت تروج تكون

(وان كان الغالب فيهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف) وهى انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التى فى الدراهم أو أقل أو لا يدرى لا يصح فى الفضة ولا فى النحاس أيضا اذا كانت لا تتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة أكثر مما فى الدراهم جاز ليكون ما فى الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس) أى يصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها فى حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق وتجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا يتأتى فى كل دراهم غالبة الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا أريد ذلك فاما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان فى أوائل قرن سبعمائة فى فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايخنا) يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أى بيعها بجنسها متفاضلا (فى العدالى والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل فى الاموال النفيسة فيتدرجون الى ذلك فى النقود الخالصة فمنع ذلك حسما لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التى غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض لها بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف فى الربا (ومادامت تروج

(قوله فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف) يعنى ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التى فى الدراهم أو أقل أو لا يدرى لا يصح وان كانت أكثر يصح (قوله ولكنه صرف) جواب اشكال وهو أن يقال ينبغى أن يشترط القبض فى هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس لا يشترط التقابض فى المجلس قلنا انما صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لحاجتنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مصروفا الى خلاف الجنس فى حق القبض بل صرف الى جنسه ليشترط التقابض فى المجلس لعدم الحاجة الى بقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما تمس فى نفى المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا فى نفى المفسد الطارئ الغطارفة أى الدراهم الغطريفية منسوبة الى الغطريف ابن عطاء الكندى أمير خراسان أيام هارون الرشيد كذا فى المغرب (قوله ينفتح باب الربا) متعلق بقوله لم

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه فى النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يخلو عن خفاء ثم قوله الى أن

أثمانا لاتتعين بالتعين) فان هلكت قبل التسليم لايبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (واذا كانت لاتروج فهى سلعة تتعين بالتعين كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلما أولم يعلم أحدهما أوعلما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد الذى عليها معاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لايتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل

أثمانا لاتتعين بالتعيين واذا كانت لاتروج فهى سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لايتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لايعلم لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ماتعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لايوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه واذا بقى العقد وجبت القيمة لكن عند أبى يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به

فهى أثمان لاتتعين بالتعين) ولو هلكت قبل القبض لايبطل العقد وان كانت غير رائجة فهى سلعة تتعين بالتعين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لايعلمان أولا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لاتروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهى فى حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لابعينها كما هو فى الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذى يقبلونها به وان كان البائع لايعلم تعلق العقد على الاروج فان استوت فى الرواج جرى التفصيل الذى أسلفناه فى أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجياد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التى غلب غشها انه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أى قبل قبضها (بطل البيع عند أبى حنيفة) فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد لايبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال فى الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أى بالبيع وهو نظير قوله فى المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه أوان الانتقال الى القيمة) وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أى تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشان (وانه) أى الكساد (لايوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب) شيأ (فانقطع) فى (أوانه)

يفتوا لانه لو جاز حل الربا فى أعز الاموال لقاسوا عليه حل الربا فى الذهب والفضة بالتدريج (قوله ثم ان كانت تروج) أى المغشوشة (قوله بل بجنسها زيوفا) أى بجنس الدراهم المغشوشة من الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها أنها زيفة والمتساوى كغالب الفضة فى التبايع والاستقراض وفى الصرف كغالب الغش (قوله واذا اشترى بها سلعة) أى بالدراهم المغشوشة ثم كسدت أى فى كل البلاد حتى لو كانت تروج فى بعضها عليه رد المثل كذا اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله وفى عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لاتروج فى جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها لكا ويبقى البيع بلا ثمن فأما اذا كانت لا

النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبى يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ماتعامل الناس بها) والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه فى كل البلاد أوفى البلد الذى وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لايروج فى جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن وأما اذا كان لايروج فى هذه البلدة ويروج فى غيرها لايفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وماذكر فى العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغى أن يكتفى بالكساد فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز

اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لايجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس وعند أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه فى محله من غير مانع شرعى (الا أنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لايوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقى العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أى الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة فى ذلك اليوم ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التى غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس

الاستهلاك أى استهلاك المغلوب من الفضة والصفر (قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لايقول بان الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم

المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقى بيعا بلا ثمن وهو باطل) لايقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهى تثبت دينا فى الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية فى الفلوس والدراهم المغشوشة التى غلب غشها كصفة المالية فى الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب يرجو الحصول فى العام الثانى غالبا فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير

وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال الى القيمة ولابى حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقى فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما فى البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها أثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلابد من

بان لايوجد فى الاسواق لايبطل اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب فى السنة الثانية فكذا هنا (ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلقة (وما بقى) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية (فبقى بيعا بلا ثمن) بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة الا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لايقال فلتصر مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة فى الذمة والمبيع فى الذمة لايجوز الا فى السلم واعترض فى بعض الحواشى بان انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ماقدمنا من ثبوت التعيين فى البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا أن المجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لايوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس فى صورة المسئلة أحضر الدراهم وأشار اليها بعينها بل باع بها على نمط مايباع بالاثمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثمانا وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن ثم شرط فى العيون أن يكون الكساد فى سائر البلاد فلو كسد فى بعض البلاد دون البعض لايبطل عند أبى حنيفة لانه لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنانير قالوا وماذكر فى العيون على قول محمد وأما على قولهما فلا وينبغى أن ينتقى البيع بالكساد فى تلك البلدة التى وقع فيها البيع بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لايجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا وماذكرناه فى الكساد مثله فى الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولايتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بالنقد بذلك العيار الذى كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول فى العام الثانى غالبا فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود فى زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل فى غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشئ اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه وفى الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لايفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين) بل لو عينت لاتتعين وللعاقد أن يدفع غير ماعين (لانها) حينئذ (أثمان) كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لاينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل

تروج فى هذه البلدة وتروج فى غيرها لايفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء

بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما الكساد فى الدراهم المغشوشة التى غلب عليها غشها فهلاك الثمنية على وجه لايرجى الوصول الى ثمنيتها فى ثانى الحال لان الكساد أصلى والشئ اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا أو مستهلكا فان كان مثليا وجب رده مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدى الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذى كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أى معلوم قدره ووصفه

وانه قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الاشارة اليه ثم انها اما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تعين لانها أثمان بالاصطلاح فالمشترى بها لايجبر على دفع ماعين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد

ذلك على قوله فليتأمل (قوله لانا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولابد من التامل فى الفرق بين تخمير العصير وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع فى الاول دون الثانى مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثانى

وان كان الثانى فلابد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذى بيناه فى كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبى حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذى ذكره القدورى من الاختلاف مخالف لما فى المبسوط والاسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيأ بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو أبق العبد وكما لو أسلم فى الرطب فانقطع أوانه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله يمنعه لان دليلهما فى كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضى الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهى يعتمد عليه فى الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبى حنيفة رحمه الله (لانه) أى استقراض المثلى (اعارة) كما ان اعارته قرض (وموجب استقراض المثلى

تعيينها (واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه رد العين

به اجاز ولو باع فلسا بفلسين يجوز على ما سلف فى باب الربا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهى مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين (واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبى حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أى فى الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبى يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدورى الخلاف والذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به واباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيها وأجيب بما تقدم فى الرطب وأما العبد فمالية لم تبطل بالاباق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الا أن الذى يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدورى اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به وفى شرح الطحاوى لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشترى فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيأ بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائما أو القيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال فى هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهى ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هنالك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفى المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذى عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله رد مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف فى قياس قول أبى حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن الرواية فى الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض فى الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها فى آخر وقت نفاقها وجه قوله (انه) أى القرض (اعارة وموجبه) أى موجب عقد الاعارة (رد العين)

أخذ مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك الدنانير وما ذكر فى العيون يستقيم على قول

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أى استقراض المثلى) أقول والاولى عندى ارجاع الضمير الى الاستقراض مطلقا فانه اعارة على ما سبق قبيل باب الربا وأولى استقراض الفلوس (قوله اعارته كما ان اعارته قرض) أقول قوله اعارة يعنى ابتداء كما سيجىء تفصيل هذا البحث فى العارية (قوله وموجب استقراض المثلى الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقراض اعارة معنى

رد عينه معنى) وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثلى بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقا أجاب المصنف رحمه الله (بان الثمنية فضل فيه) أى فى القرض اذ القرض لا يختص به أى بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى أن الاستقراض جائز فى كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا (وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض) وليس المثل المجرد عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف) يعنى بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (فيمن غصب مثليا فانقطع) فعند أبى يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجىء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للمقرض وللمستقرض لان على قول أبى حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبى يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع

معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبى يوسف أيسر

اذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا لرد المثل استلزم الربا بالنسيئة فكان موجبا رد العين الا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثلى بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد (والثمنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلى وعددى متقارب ولا ثمنية (ولهما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة فى الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما أنظر للمقرض من قول أبى حنيفة لان فى رد المثل اضرارا به ثم قول أبى يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض من قول أبى يوسف (وقول أبى يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف

محمد رحمه الله وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغى أن يبطل البيع بالفساد فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين وعندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد رحمه الله لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد ينبغى أن يكون على هذا القياس أيضا وفى القدورى اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما رده على البائع وان كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثليا وبمثله ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم أو الفلوس فاما اذا غلت بان ازدادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشترى واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذى كان وقت البيع والذى ذكرنا من الجواب فى الكساد فهو الجواب فى الانقطاع اذا انقطعت الدراهم من أيدى الناس قبل القبض فسد البيع عند أبى حنيفة رحمه الله وحد الانقطاع أنه لا يوجد فى السوق وان كان يوجد فى أيدى الصيارفة (قوله والثمنية فضل فيه) أى فى القرض اذ صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لانه مثلى وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد (قوله وأصل الاختلاف) أى أصل الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وانما قيدنا به لانه بنى هذا الاختلاف على الاختلاف فى غصب المثلى كالرطب مثلا وفيه كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذى نحن فيه كذا فى النهاية وفى فوائد الخبازى وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع

لا يمكن الانتفاع به الا باهلاك عينه وكل اعارة كذلك موجبها رد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد فى الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافى وفى بعض النسخ أنظر

عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول أبي يوسف لاسيما في ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف قال رحمه الله

قال (ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما

فيما بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك (قوله ومن اشترى شيأ بنصف درهم) فاكهة أو غيرها بأن قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك (انعقد موجبا لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس) وهو سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى انه شرط أن يعطيه بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا فيما

الا أن هناك تعتبر القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وهنا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد لان قيمتها كاسدة وعينها سواء بل ايجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها كاسدة فأوجب مثلها كاسدة وعندهما الواجب اعتبار قيمتها رائجة اما يوم القبض أو آخر يوم كانت رائجة فيه فكسدت كان ايجاب قيمتها من الفضة أولى من ايجاب عينها كاسدة كذا في المبسوط وقول محمد رحمه الله أنظر في حق المقرض بالنظر الى قول أبي حنيفة رحمه الله وكذا في حق المستقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف رحمه الله وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله قال محمد رحمه الله عليه قيمتها في آخر يوم كانت رائجة وعليه الفتوى وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر أي للمفتي أو القاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بحرج وفي المحيط ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة أو هالكة والفلوس المغصوبة اذا كسدت فان كانت قائمة ردعينها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي مر وهذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة أخرى في كتاب الغصب أن من غصب رطبا وهلك عنده أو استهلكه ثم انقطع أوان الرطب قال أبو حنيفة رحمه الله عليه قيمته يوم الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله قيمته يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد رحمه الله وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الائمة والصدر الشهيد حسام الدين رحمهما الله وبعض مشايخنا في زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله (قوله ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس) أي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة (قوله من الفلوس) بيان

للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعني وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شيء ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته دون مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر أي وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) (قوله وهو نصف السدس) أقول وهو (قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه

مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربا فلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية أن تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة

دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسيما في ديارنا قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز) لانه

دون الدرهم لان المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح ولاسيما في ديارنا) أي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار والعلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سمي بغيرا لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطني بنصفه) أو بربعه أو قيراط منه (فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الا حبة وقس الباقي (جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الارباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف) درهم (الا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي) مقارن للعقد (فيشيع وقد مر نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا الا حبة (كان جوابه كجوابهما) في أن الفساد يخص النصف الآخر (لانهما بيعان) لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب والايجاب ولفظ أعطني مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوما من المراد أنه ايجاب وعلى هذا فالمتعارف في مثله صح أيضا الا أنه لم يذكره وأوان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيعا في النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز) فيهما (لانه

ما يباع وفي المغرب الدانق بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوانق ودوانيق وفي الصحاح الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق ومن أعطى صيرفيا أي صرافا وهو من قولهم للدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة أي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرفي كذا في المغرب (قوله والفساد قوي) لانه مجمع عليه وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالاجماع وان بين يشيع الفساد على قول أبي حنيفة رحمه الله ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان بأن قال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه الباقي نصفا الا حبة فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله ههنا أيضا لا يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لا تفرق الا بتكرر قوله أعطني ولا وجه اليه لان قوله أعطني مساومة وبتكرر

(قوله كما لو قال بعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر) أقول الظاهر أن يقال بعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر بتكرار لفظ

يعني قال المصنف (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا) أقول قال ابن الهمام يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف انتهى ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجوار

قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وماوراءه بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى أعلم بالصواب

(كتاب الكفالة)

قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاحبة فيتحرى للجواز بان (يكون نصف درهم الاحبة بمثله وماوراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطنى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطنى بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحرى للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطنى بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله (وفى أكثر نسخ المختصر) يعنى القدورى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ويجوز فى فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف *(فروع)* تقدم بعضها فى ضمن التعليل فرعا يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس متساويا فزاد أحدهما أو حط شيأ وقبل الآخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها فى مجلس الزيادة لانه ثمن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة باصل العقد كالشافعى وأحمد رحمهما الله لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افترقا الاعن قبضها بطل حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد فى البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويرد الذى حط ماحط وان كان الحط قيراط ذهب فهو شريك فى الدينار مثلا لان فى تبعيضه ضررا وكل ما لو بوعى لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشترى معيبا له أن يرده بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض الثمن من البائع فى مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض فى مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع فى حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك فى يده أو حدث عيب آخر رجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدى الى الربا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشترى بعد ولو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفى المكيل لا يجوز وعن أبى حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه فى تقسيم الطحاوى اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد فى الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيأ ليتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد فى الكل ولو كان ذلك فى ابريق فضة يبطل العقد فى نصف الابريق والله تعالى أعلم

لا ينعقد البيع فان من قال بعنى فقال بعتك لا ينعقد البيع مالم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله والثالثة أن يقول أعطنى نصف درهم فلوس وفى بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الاحبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله والباقى بازاء الفلوس قال المصنف رحمه الله (وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية) أراد قوله أعطنى نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة وهى الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة فى أكثر نسخ المختصر قال أبو نصر الاقطع فى شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الكفالة)

عقب المبيوع بذكر الكفالة لانها تكون فى

(بسم الله الرحمن الرحيم) *(كتاب الكفالة)*

أورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى

المساومة لا يتكرر والبيع ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى أن من قال للآخر بعنى فقال بعت لا ينعقد البيع مالم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة والصحيح أنهما بيعان فلا يشيع الفساد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر) أى مختصر القدورى والله أعلم

(كتاب الكفالة)

(كتاب الكفالة)

الكفالة هى الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول أصح

المشترى فيحتاج الى من يكفله بالثمن أولا يطمئن المشترى الى البائع فيحتاج الى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهى انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا فى قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان أتاح لها ذلك وسمى نبيا بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى أو ازالة للاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذى ذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن والاجماع وشرطها فى الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبى ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث وفى الدين أن يكون صحيحا فلا كفالة فى بدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وأن يكون مقدور التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عينا أو معنى قال فى المغرب تركيبه دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما فى الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين قال والاول أصح) فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل خلافا للشافعى ومالك وأحمد فى رواية فيثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال فى المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت فى ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا فى قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق بمرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ومما يدل على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيأ يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين فى الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشئ الواحد فى ذمتين انما يمتنع فى عين ثبت فى زمن واحد فى ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه فى مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره فى الذمتين وان أمكن شرعا لا يجب

البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة (والكفالة فى اللغة هى الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا) أى ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا أى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها (وفى الشريعة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة لنفسها كما سيجئ ولانه لو ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما

هى الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أى ضمها الى نفسه وقال النبى عليه السلام أنا وكافل اليتيم كهاتين أى ضام اليتيم الى نفسه ثم قيل أى فى الشريعة هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة دون الدين وقيل فى الدين وهو قول الشافعى رحمه الله فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة بايفاء الدين ولا دين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيأ صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين

قال الامام السرخسى فى مبسوطه فى باب كتاب القاضى فى الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كتابه أنه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

الحكم بوقوع كل ممكن الابمو جب ولامو جب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لايستلزم ولابدمن ثبوت اعتبار الدين فى الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو فى ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه فى حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لاضرورة فلاداعى الى ذلك ولايخفى أن مانقل من قول أبى حنيفة ان الدين فعل يقتضى أن الدين فى ذمة الكفيل أيضا كما هو فى ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالديون تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها اذ يجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهى الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لايجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلكت لايجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهى أمانة كالعارية والمستاجر فى يد المستاجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لاتجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لاتصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف فى قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده فى الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعى واختلفوا على قول أبى يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لايؤاخذ به الكفيل وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل أولا وفى رواية عن مالك لايطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما فى الحوالة وماذكر فى المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف مافى مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على رضى الله عنه أنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على على رضى الله عنه فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يارسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه ابرئ من الضمان وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله فى خبر أبى قتادة الآن بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولايخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على اذ يدل على أن الضمان

في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا فى قيمة واحدة لانه لايستوفى الا من أحدهما غير أن هناك اختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وههنا لايوفى مالم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما والاول أصح لان الدين بقى فى ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه فى ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل أو اشترى به منه شيأ فحينئذ جعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه فى حكم دينين وقبله لاضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود أصل الدين فاما أن يكون واجبا على من عليه المطالبة لامحالة فلا ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بالثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فى حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فى حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة وأصل الدين فى ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتاجيل فكذلك

قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه فى حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل فى حكم دينين

قال

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعى لايجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقبانى مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه (٢٨٥) لاقدرة له على نفس المكفول به شرعا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلان أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية فى نفسه ليسلمه كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدى المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أى الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التى يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود فى الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره أنا لانسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذ لاقدرة له على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شئ بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى على أن قوله لاقدرة له على نفس المكفول به

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعى رحمه الله لايجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لاقدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين باعوان القاضى فى ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم فى المطالبة فيه

(قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل فى الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التى ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعى ان الكفالة بالنفس لاتجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بانه التزام مالا يقدر على تسليمه اذ لاقدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير فى الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بامره لان أمره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم لزعيم غارم) باعتبار عمومه وقوله (بنوعيه) أى نوعى عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم فى المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لاغرم عليه للمال وأجيب بان الغرم لايختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره والغرام اللازم ذكره فى المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد تثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولايخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تامل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا فى تهمة وكان بين على وعمر

التزاما بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين فى حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين فى حق المرتهن فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين كذا فى المبسوط وأما ركنها فالايجاب والقبول عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله فى قوله الآخر حتى أن عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفل بالمال أو بالنفس مالم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبى عنه فى مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد واختلف المشايخ رحمهم الله فى قوله الآخر أن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة هذا الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول فمن يقول بالتوقف يقول لايؤاخذ به الكفيل وأما شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها اذ غير الجانى لايؤاخذ بجناية الجانى وأن يكون دينا صحيحا ولهذا لم تصح الكفالة ببدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لايجب للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفا للقياس فلا يظهر فى حق صحة الكفالة وأما أهلها فاهل التبرع بان كان حرا مكلفا فلا يصح من العبد والصبى وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل (قوله بنوعيها الكفالة بالنفس والمال) فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على

شرعا مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم فى المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهى احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالامر كما مر آنفا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع فى ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهى فى ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت (٢٨٦) بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفا على مامر فى الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال الى) لانه فى معنى على فى هذا المقام

رضى الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس على رضى الله عنه واعترض بالمناقضة فى الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص فى الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص فى النفس ومادون النفس ووجهه أنهما من حقوق العباد من وجه فى بعضها ومن كل وجه فى بعضها وأما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة لزوم التنافى فان الحد يحتال فى درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها ففى الحدود لا يجبر بالاجماع وفى القصاص كذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدى فلأن الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء اما أن يجيب ويحضر أولا ففى الاول لا حاجة الى الكفالة وفى الثانى يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف مانحن فيه (قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع فى ذكر الالفاظ التى تثبت بها الكفالة وهى صريح وكناية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلى والى ولك عندى هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين فى الماضى وكسرها فى المضارع وروى فى الفائق الحميل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها فى الماضى وضمها وكسرها فى المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة فى اللغة والعرف ومالا فلا على وزان الطلاق على مامر مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو برقبته أو بروحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كهو رأس وتحرير رقبة وتقدم فى الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخى رحمه الله لا يصح كما فى الطلاق الا أن ينوى به البدن والذى يجب أن يصح فى الكفالة والطلاق اذا العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين فى الناس ولعله لم يكن معروفا فى زمانهم أما فى زماننا فلا شك فى ذلك بخلاف مالو قال بيده أو رجله ويتأتى فى دمه ما تقدم فى الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه كتكفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها) ووجه ضمنت (بأنه تصريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان فى المال فى أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى فى معناه

وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته قلنا الغرم ينبئ عن لزوم شئ يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار والحاجة ماسة الى هذا النوع وهى ضرب من احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب بنفسه فيتوى حق صاحب الحق وعن الصحابة أنهم جوزوا والكفالة بالنفس (قوله اما حقيقة) كنفسه وجسده وبدنه أو عرفا كما فى بروحه أو برأسه أو بوجهه (قوله لانه تصريح بموجبه) أى موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك الكل العيال قال الله تعالى وهو كل على مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم أيضا والمراد ههنا

و برقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر فى الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه فى معنى على فى هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى والكل اليتيم والعيال من يعول أى ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم لان الزعامة هى الكفالة وقد روينا فيه أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر فى المنتقى انه اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبى يوسف وعلى هذا معاملة الناس قال

(قوله وكذا اذا عبر الخ) أقول فى صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر بهما عن البدن) أقول لا حقيقة ولا عرفا فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى تبت يدا أبى لهب

قال (فان شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه فى ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان أحضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل فى حبسه لعله مادرى لما يدعى) فاذا علم ذلك وامتنع فاما أن (٢٨٧) يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثانى

قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هى الكفالة وقد رويناه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال (فان شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه فى ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان أحضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لعله مادرى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق

قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا) أى يتيما (فالى) لان العطف يقتضى المغايرة وقوله (وقد رويناه فيه) اقتصر فى بعض النسخ وفى بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فى الصحيحين عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا وأخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن المقدام بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالى ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان فى صحيحه وفى لفظ لابى داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فالى (بخلاف مالو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تثبت به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضى الا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجانى عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما فى قول أبى حنيفة وأبيك لا يلزمه شئ وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث فى النوازل هذا القول عن أبى يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد وفى خزانة الواقعات وبه يفتى أى بظاهر الرواية لكن نص فى المنتقى أن فى قول أبى يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفى فتاوى النسفى لو قال الدين الذى لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقبضه لا يكون كفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام وفى الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فانا أؤدى نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فانا أحج يلزمه الحج (قوله فان شرط فى الكفالة) أى بالنفس (تسليم المكفول به فى وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة فى حبسه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى أن يظهر للقاضى تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعسار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب

اليتيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعوله أى يقوته (قوله وقد رويناه فيه) وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفى الفارسية بان قال من ضامنم دانستن وى را عامة المشايخ قالوا يكون كفيلا فكانهم فرقوا بين الفارسية والعربية كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة

حبسه الحاكم وان كان الاول فاما أن يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثانى فالطالب اما أن يوافقه على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثانى فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة أنه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة

قال المصنف (فان شرط فى الكفالة الى قوله فى ذلك الوقت) أقول لا قبله كما فى الدين المؤجل فقوله فى ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع

(قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

قال (واذا أحضره وسلمه فى مكان الخ) اذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون فى مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضى فاذا سلمه فى مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسى المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم فى ذلك الوقت أما فى زماننا اذا شرط التسليم فى مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم فى غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الاحضار والتقييد بمجلس القاضى مفيد وان سلمه فى برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم فى سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه فى مصر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومات وبقى التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذى التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضى اما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان فى القرن الثانى وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة لا يقع التفاوت بالتسليم اليه فى ذلك المصر أو فى مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك فى زمن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذى كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه فى السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر فى الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتى به

قال (وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز فى المدة فينظر كالذى أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فملك اسقاطه كما فى الدين المؤجل قال (واذا أحضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون فى مصر برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة قال (واذا كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ) لحصول المقصود وقيل فى زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا

ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق فى دعوى ما يسقطها فان أقام الطالب بينة أنه فى موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفى بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب) يعنى يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وان كان موتا فهو حكمى فى ماله ليعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل فى المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها والثانى يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة (قوله واذا أحضره وسلمه اليه فى مكان يقدر المكفول له) على (أن يخاصمه مثل أن يكون فى مصر) من الامصار (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أولا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدى الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الا مرة) وقد حصلت ثم الشرط

ذهابه ومجيئه) ويستوثق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى أن يعرف مكانه لانهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعى وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق فى اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة أنه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا الثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل يمهله القاضى مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كموته حكما فى قسمة ماله بين ورثته فاما فى حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته * وفى الذخيرة اذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه علينا اذا طلبنا يمهل قدر الذهاب والمجىء وان لم يكن قادرا على رده بان لم يتقدم موادعة على الوجه الذى قلنا فالكفيل لا يؤاخذ به (قوله لحصول المقصود) اذ المقصود من التسليم فى مجلس الحاكم امكان الخصومة واستخراج الحق باثبات

...لان الظاهر هو كونه فى مكان التسليم بحكم الاستصحاب فلا تعارض

(وان سلمه فى برية لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه فى سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب

عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذى كفل فيه وعن أبى حنيفة ليس ذلك بشرط وهى المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة المخاصمة فى الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله فى وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا فى مصره لان شهوده ظاهر فيه لا فى غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به وقولهما أوجه وفى الفتاوى القاضى اذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضى أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعى لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعى فان أضاف بان قال اكفل للمدعى فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضى أو المسجد الجامع فالمذهب أنه اذا سلمه فى السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضى بمعاونة الناس وعبار الطريق الآن لا يقدرون أو لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روى عن أبى يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه عند القاضى أو عزل ذلك القاضى وولى غيره فدفعه عند الثانى جاز ذكره فى الخلاصة (ولو سلمه فى برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقا (ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفى المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغى للقاضى أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفى العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب فى السجن فاتى به الذى ضمنه الى مجلس القاضى فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه فى السجن ولو ضمنه وهو فى السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو فى الحبس ان كان الحبس الثانى من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان فى أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه وهو فى الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو فى حبسه ومفهوم هذا القيد فى قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب فى السجن دفعت نفسى اليك عن كفالته كان جائزا أيضا وبرئ الكفيل وفى الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتى به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره (قوله واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعنى يبرأ (لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب) الذى هو احضار النفس (بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصى فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعنى المكفول عنه ان كانت

حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه فى مكان آخر من هذا المصر (قوله لانه قد يكون شهوده فيما عينه) وذلك القاضى يعرف حادثته فلا يبرأ بالتسليم فى مصر آخر * قلنا ولعل شهوده فيما سلمه وهذا القاضى يعرف حادثته فتعارض الموهومات وبقى التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم فى مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلف المشايخ فيه (قوله لا يقدر على المحاكمة فيه) لان الغرض من التسليم تمكنه من احضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذا لا يتأتى اذا كان محبوسا (قوله

الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتى به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقط لها أما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وأما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما فى حالة الحياة واذا مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل ان كان له وصى وان لم يكن فلوارثه

أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر الخ) ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت اليك فانا برىء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف أي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها ... صريحا وليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فاعل . الطالب يقول مالم أستوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالته أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى كما بينا ولانه يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال ووافاه أي آتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع

الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برىء فدفعه اليه فهو برئ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح

الكفالة بأمره كما في الحياة ولو كان الدين مؤجلا وما الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضا أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برىء فدفعه اليه فهو برىء لانه) أي دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكما متعلقا موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كما في قضاء الدين) يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فههنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة ما أريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أي من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صح)

ولا يشترط قبول الطالب التسليم) وفي المبسوط ويستوي ان قبله الطالب أو لم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرر به من عليه فانه يمتنع من ذلك ابقاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته أي من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع أي دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين فلذلك صح

(قوله فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظر راجع الى ما في قوله فما ذكر في النهاية

ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صح وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس أولا ثم الحكم في هذه المسئلة شيآن أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر التصريح بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من التسليم أو ابراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما ولان كلا منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة أي المعلقة بالشرط لا تصح لانه أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيع مطلقا أو من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من

لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المصنف (لانه) أي المكفول (مطالب بالخصومة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا لو جه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه بمجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيأ لا يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) للالف (لان الكفالة بالمال) في هذا (معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما التوثق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان أما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع) فكما لا يجوز تعليق البيع كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث انه) تبرع في الابتداء بـ(التزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا تعليقها به (صح عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف كـ)دخول الدار و(هبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة

تسليم نفسه قبل الطالب أو لم يقبل (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف) فالتقييد بقوله لما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزم على الكفيل شئ عند محمد رحمه الله وأما التقييد بقوله وهو ألف فلا يفيد (قوله وهذا التعليق صحيح) لانه تعليق بشرط متعارف لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه البائع

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كلمت فلانا فعلي أن

قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة

وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بما لك عليه صح ومهما ثبت بالبينة له عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فانما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحتهما فالمقتضي وهو الكفالة بالنفس أولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطا للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على أني ان لم أواف به الى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بان كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهنا ثلاث مسائل احداها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية أن يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم توافه غدا لتقبضه مني فانا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم توافه أنت لم يصدق واحد منهما فلو أقام المطلوب بينة على الموافاة بريء من الكفالتين وكلما كفل على انه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول

مع ان بابه أضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها أوسع أولى وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة أي الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح كالبيع ولا تصح الكفالة بالنفس أيضا عنده فلا تصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما أدى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الرياح ومجيء المطر ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا لو ابرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافاة حال بقاء الكفالة بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الابراء فلا يلزمه المال قلنا الابراء وضع

قال

حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك فرعاية الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة

أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها اعم لما ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيدا لا غير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصود الان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الا التزامي منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف لفظه طلاق في أن لم يواف فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بانها جيدة أو رديئة هندية

قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه)

له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أجيب بالفرق بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بان تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخروج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان العجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم

لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق والشرط عدم الموافاة مطلقا هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال دينا في تركة الكفيل اذا مضت المدة في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو انه لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها) أي بين صفتها بانها جيدة أو رديئة أو خليفية أو ركنية أو لم يبينها ويحتمل أن يكون معنى قوله وبينها أي بين قدر المالية بان

أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

لانه علق مالا مطلقا بخطر ألا يرى أنه لم ينسبه الى ماعليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أولم يبينها أولزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه الى غد فان لم أوافك به غدا فعلى مائة دينار فرضى بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار فى الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبى يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينها أى ذكر انها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أولم يذكر كذا قيل والاوجه ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينها أولا وما اذا لم يدع شيأ حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذى سماه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ماعليه هو رشوة على أن يترك المطلوب فى الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدى وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثانى أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعى به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخى وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضى احترازا عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا فى المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى و يقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه أراد الالف التى سيدعيها حكما بان الكفيل كان يدرى خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفل بالالف المدعى به وفى الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التى عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لاشئ على والطالب يدعى ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وفى قوله الآخر وهو قول محمد لاشئ عليه وهذا يقتضى أن الحاصل ان أبا حنيفة وحده ويستفاد بها أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى

ادعى مائة دينار أولم يبين قدر الدينار ولم يذكر المائة فى دعواه لان صورة المسئلة فى أصل رواية الجامع الصغير رجل لزم رجلا فادعى عليه مائة دينار أولزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم يوافك به غدا فعلى مائة دينار فرضى به فلم يواف به قال عليه مائة دينار فى الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق انه له (قوله لانه علق مالا مطلقا بخطر) حيث قال فان لم يوافك غدا فعلى مائة دينار ولم يقل فعلى المائة التى لك عليه قال الشيخ الامام أبو منصور الماتريدى رحمه الله لما قال على مائة دينار ولم يضف الكفالة الى ماعليه يحتمل أنه التزم مالا ابتداء فيكون رشوة و يحتمل أنه أراد ما على الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا الوجه لا تصح الكفالة وان بين المدعى به (قوله ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى رحمه الله اذا لم يدعه لامقدرا لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضى لفساد الدعوى فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به

والثانى ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ماينبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبى الحسن الكرخى وهو يقتضى الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكره معرفا لانه قال فعلى المائة فينصرف الى ماعليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة فى مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت فى مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لان العادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فى غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة فى مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة فى الابتداء المائة التى يدعيها وبينها فى الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة

قال

بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره فى مجلس القضاء لاثبات مايدعى المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما فى سائر حقوقهم وفى القصاص لانه خالص حق العبد أى لان المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كى لا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستاذنه الطالب فى الدخول فان أذن له يدخل معه و يسكن حيث سكن وان لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره و يمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل اقامة البينة أو بعدها أما قبل اقامتها فلان أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى أحد فى الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل و بعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد وفى القصاص لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة فى حد من غير فصل

المكفول له وان كان الكفيل ينزجر به على الاصيل وسنذكر ما يظهر فيه (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رضى الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) عنى اعطاء الكفيل (عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفى القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لاخلاء الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطى بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بخلاف الحدود الخالصة حقا لله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها الان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد فى الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصيل و بعد اقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس و به يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه (بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضى على الحضور و يحول بينه و بين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغى أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أجيب بان الحبس فى هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الاعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضى عن المجلس فان أحضر البينة فبها والا خلى سبيله و روى عن أبى يوسف فى الذى يجمع الخمر و يشرب به و يترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فانى أحبسه وأخلده فى السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة فى حد) رواه البيهقى وقال تفرد به عمر بن أبى عمر الكلاعى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين و رواه ابن عدى فى الكامل عن عمر الكلاعى وأعله به قال مجهول لا أعلم روى

معلوما وقت الدعوى تصح الكفالة و ينصرف الى المال المدعى به (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر وفى الفوائد الظهيرية وليس تفسير الجبر هنا الحبس لكن يامره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب واذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستاذنه الطالب فى الدخول فان أذن له يدخل معه و يسكن حيث سكن وان لم يأذن له فى الدخول يجلسه فى باب داره و يمنعه من الدخول وسيجئ تفسير الملازمة فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان حدا للعباد فيه حق كحد القذف ولحد السرقة على قول بعضهم وأما الحدود الخالصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على قول بعضهم فلا تجوز الكفالة فيهما وان طابت نفسه أما قبل اقامة البينة فلان أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم فلم يكفل بحق واجب على الاصيل و بعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس و بالحبس يحصل الاستئناف فلا معنى لاخذ الكفيل وأما فى حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبره القاضى على الحضور و يحول بينه و بين أشغاله كما فى سائر الحقوق فاذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز (قوله كما فى التعزير) أى يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فى الشئ الذى يجب فيه

الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة فى حد من غير فصل) يعنى بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبى صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف فى أدب القاضى عن شريح وقال الصدر

(قوله وفى القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله يجبر فى حد القذف قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل

الشـــهيد فى أدب القاضى روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صـــلى الله عليه وسلم (ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيهما الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق فى الحبس أتم من أخذ الكفيل أجيب بان الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق (بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما فى التعزير) فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما فى الاموال (ولو سمحت نفســـه) أى لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليـــه فى القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبى حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم فى الحدود من وجبت عليه وفى بعض النسخ فيهما أى فى حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهـــد عدل يعرفه أى يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة أى لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطرى الشهادة اما العـــدد أو العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحـــد شطريها وقد روى أن رسول الله صـــلى الله عليـــه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس فى باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق انما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما فى الامـــوال اذا ثبتت وعـــدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غـــير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل أن يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافى الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صـــلى الله عليـــه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفى الحبس للتهمة ويمكن أن يجاب عنه بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم أيضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه فاذا وجد أحد شطرى الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون فى ذلك وهو قادح فى عدالته والايفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطرى

ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما فى التعزير (ولو سمحت نفســـه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهـــد عدل يعرفه القاضى) لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة بخلاف الحبس فى باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة

عنه غير بقية كما روى عن سائر المجهولين (ولان مبنى الكل) يعنى الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتى فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما فى التعزير) حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفســـه هذا (ولو سمحت نفسه) أى نفس المطلوب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعنى فى حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجبه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحـــة الكفالة اذا سمح بها فى الحدود الخالصة حقا لله لان تســـليم النفس واجب فيها لكن نص فى الفوائد الخبازية والشاهية على ان ذلك فى الحدود التى فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء (ولا يحبس فى الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضى) انه عدل لنفى المجهول (لان الحبس هنا للتهمة) لا لاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة) فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقدمنا تخريجه والكلام فيه فى الحدود (بخلاف الاموال لان الحبس أقصى عقوبة فيه) أى فى المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الايفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحـــد والقصاص وفى الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشئ أهمه وهما من باب ضرب أى وقع فى خلدى والوهم ما يقع فى القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمـــة بالتحريك أصلـــه اوتهمت كما فى اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم

التعزير فان التعزير محض حق العبد ويســـقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة ويحلف فيـــه فيجبر على اعطاء الكفيل فيـــه كالاموال (قوله ولو سمحت نفسه به) أى ولو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه فى حد القذف يصح بالاجماع (قوله ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران)

هو الاتقانى وقال فى شرحه ولنا فى دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات) أقول تأمل فى هذا التعليل كيف يثبت المطلل (قوله أى لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول الاظهر لا لثبوت (قوله ينافى الدرء) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما فى التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتعزير وما نحن بصدده كذلك وقد صرحوا فى الوصايا وغيرها بان الاعتبار للموضوعات الاصلية

الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد فعلم التهمة عن الحاكم والحبس من النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء والله أعلم بالصواب وذكر فى كتاب أدب القاضى لا يحبس فى الحدود والقصاص بشـــهادة الواحد عندهما لان أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى كلامه ان فى الحبس فى الحدود والقصاص عنهما روايتين فى رواية يحبس ولا يكفل وفى رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفى دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان فى الخراج الخ) أورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه فى حكم الصـــلات دون الديون المطلقة فان صحـــة الكفالة تقتضى دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعنى فى الحياة والممات احترازا عن الزكاة فانها يطالب بها أما فى الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما فى الباطنـــة فلاكها لكونهـــم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره فى باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به فى الحياة والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيـــه وقوله (ممكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد فى الرهن والكفالة عليه قيل فى كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعـــد فى قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء

وذكر فى كتاب أدب القاضى أن عـــلى قولهـــما لا يحبس فى الحـــدود والقصاص بشـــهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان فى الخراج) لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العـــقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما

أبدلت منها وأدغمت فى تاء الافتعال قال المصنف (وذكر فى أدب القاضى ان على قولهما لا يحبس فى الحـــدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان فى رواية يحبس ولا يكفل وفى أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهـــما بأن المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قـــدر عـــلى الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحـــدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج) لان الكفالة ضم فى المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منـــه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج فى حكم الصلات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرناه صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام فى الاموال الظاهرة

أو شاهد عدل فان قيل قد قلتم بحبسه باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط فى الحبس أكثر من أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيرا له (قوله لانه دين مطالب به) ألا ترى أنه يطالب به ويلازم لاجـــله ويمنع وجوب الزكاة ويؤخذ من تركته فى رواية بخلاف الزكاة لانه ليس بدين بل هو تمليك مال مبتدأ حتى لا تؤخـــذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان فى الاموال الظاهرة ثم قوله دين يطالب به راجع الى الكفالة وقوله يمكن الاستيفاء راجع الى الرهن أى يطالب به فتصح الكفالة لان الكفالة تقتضى دينا يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن توثيـــق لجانب الاستيفاء وانما أورد هذا لان الخراج فى حكم الصـــلات دون الديون المطلقة ووجوبه لحق الشرع كالزكاة فكان ينبغى أن لا تصح الكفالة أو الرهن به ولكن فى حكم المطالبة بالاعطاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة

عن شخص واحد صح كفلوا جملة أو على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل فى المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا

فلا حاجة الى ما ذكره فى معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتامل (قوله ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء) أقول حينئذ يكون الاتهام أكثر فليتامل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو الكاكى (قوله أورد هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خبير بانه لا يدل على وجه ايرادها فى اثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهـــم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة فى الخراج وان كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر هين قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقانى الضمير فى عليه راجع الى الخراج وفى فيهما راجع الى الكفالة والرهن انتهى والاظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما الكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل فى كلام المصنف لف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقانى

قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطالب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق

كفيلان) لان موجبه التزام المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية

والمالك فى الباطنة لاتصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته جبرا للورثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الامام ليس لايصال المستحقين الى أملاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانهم لو كانت (قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لان موجبه التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بألف لا يطالب أحدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف وأيهم قضى سقطت عن الباقين (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عديل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى القديم وقال فى الجديد هو وابن أبى ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات فى مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم فى ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما نوقض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أى مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمان الدرك أن يقول للمشترى أنا ضامن للثمن ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعى رضى الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف فى زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجة) أى

والرهن به والمراد به الخراج الموظف (قوله لان موجبه التزام المطالبة) ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولما كانت الكفالة لالتزام المطالبة لم يلزم من وجود الثانى انتفاء الاول لانه قابل للتعدد ألا ترى أنهما لو كفلا جميعا معا بنفسه جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم أحد الكفيلين نفس الاصيل برئ هو دون صاحبه وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فقضاه أحدهما يبرآن وفى التفاريق والكفلاء الثلاثة فى العقد الواحد أيهم سلم الاصيل كان كتسليمهم وقال ابن أبى ليلى اذا كفل الثانى برئ الكفيل الاول وهذا بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب (قوله اذا كان دينا صحيحا) أى الدين الذى لا يسقط الا بالاداء أو الابراء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه يجتمع مع المنافى وهو الرق ولهذا يستبد المكاتب باسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه (قوله وعلى الكفالة بالدرك اجماع) مثل أن يقول للمشترى أنا ضامن للثمن ان استحق المبيع أحد وأصل اللحوق فى الدرك وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول (قوله وصار كما اذا كفل بشجة بأن قال كفلت بما أصابك فى هذه الشجة التى شجك فلان وهى خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه

وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشئ لا ينافيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبى ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثانى فلو بقى واجبا على الاول كان واجبا فى موضعين وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضى الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا سلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع فى بيان الكفالة بالمال وهى جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بألف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع يعنى من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة وقوله (وعلى الكفالة بالدرك)

والاقتصار

(قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفى قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن فى البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول

والاقتصار وشرط أن يكون دينا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك فى موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثانى أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل

خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ فى الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فأرش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا أن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من سقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده وكذا يحترز به عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء الا اذا شرط فى الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوزا بها فيجرى حينئذ أحكام الحوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعنى الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له أن يضمن الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أى ان قضى القاضى عليه (يتضمن التمليك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التمليك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أى ما وجب

الكفالة مجهول لانه لا يدرى قدر ما يبقى من أثر الشجة وهل يسرى الى النفس أو لا يسرى وان كانت عمدا فعلى تقدير السراية يجب القصاص أى شجة كانت اذا شجها بآلة جارحة ولا تصح الكفالة فى القصاص (قوله بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) أى بالقضاء أو الرضا لانه اذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا علك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفى الغصب اذا اختار تضمين أحدهما بالرضا وقضاء له تضمين الآخر أيضا (قوله مثل أن يقول ما بايعت فلانا) وانما قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما لان جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت أحدا من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتفاحشت الجهالة وفى الايضاح ولو قال من قتلك من الناس أو غصبك من الناس أو ما بايعت من الناس فأنا لك ضامن فهو باطل (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) فالآية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير

كالكفالة بشجة أى شجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما مر ذلك فى كلامه لم يحتج الى التقييد به (وشرط أن يكون المكفول به دينا صحيحا) وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شئ فيطالبه به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذى عليه الاصل أى الدين ويسمى الدين أصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له أن يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين أى الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولما مر ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ ويندفع بقولنا قياسا تأمل

وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعته فعلى درك ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ماغصبك فعلى واذا صحت فعليه مايجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية ذكره فى المجرد عن أبى حنيفة نصا وفى نوادر أبى يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول فى الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة تحتمل والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه فى التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفى التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ماذاب لك على أحد من الناس أوما بايعت أحدا فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه فى الاضافة وكذا لو قال ماذاب لاحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ماغصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لانتفائهما ومن المثل ماغصبك أهل هذه الدار فانا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال مايجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف مالو قال لجماعة حاضرين مابايعتموه فعلى يصح فايهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار فى المسئلة التى قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق ومنه مالو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه فى غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه فى التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه فى التنجيز والاضافة حيث يصح فى التنجيز دون الاضافة أما الاول فما ذكر فى الذخيرة أن الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تملك مافى ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشترى وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشترى مانعة للبيع والكفالة فى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه فى الارسال والتعليق أن القياس يأبى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك فى حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا أن المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبى بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون ابيان العمالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعى لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان العمالة

مجهول وعلى أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجئ بالصواع وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستأجرا والمستأجر ضامن للاجر سواء كان أصيلا أو وكيلا واذا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد لم يتصور أن يكون كفيلا عن غيره فكان معنى قوله وأنا به زعيم أنا ضامن للاجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وأمكن حمل الآية على الكفالة بأن قال المنادى للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وأنا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان المنادى كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستئجار يصلح أن يكون كفيلا بالاجر عن الرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه أمران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال فانتساخ الاول لا يدل على انتساخ الثانى والاجماع منعقد على صحة الكفالة

يتضمن التمليك اذا قضى القاضى بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثانى أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل

ان

أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل أن يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة أو اذا مات ولم يدع شيأ أو اذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان أجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فان منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجئ بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ماقال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتى به لا لبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثانى ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهى تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة فى الكفالة والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للعير ان الملك يقول ان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن

الثانى بان فى الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز أصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتى وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوما فالمجهول باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلا واذا كان بمنزلة البيع فى حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما كان جهالة المشترى مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتى

أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة ان المكفول له فى الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته الا فى مسئلة واحدة ستأتى وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بامره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبى قتادة فى قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما على فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ماتقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطا ملائما وملاءمة الشرط باحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سببا للزوم الحق وهو الذى عبر عنه المصنف بـ (أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع) فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى ومن هذا القبيل مافى الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجئ بصاع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثانى (أن يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع

الدرك وهى مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق (قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه) وانما قيد بقوله

قال المصنف (وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه) أقول أى فى معنى الذى ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف (فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضا هنا كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما اذا قيل من غصبته أنت وقتلته فانا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الاشارة الى كون الكفالة بمعنى حق الطالب فانه اذا كانت الكفالة تمليكا فى حقه واضافة التمليك الى المستقبل لا تصح لم تصح اضافة الكفالة الى المستقبل فى القياس فليتأمل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا) أى كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجىء المطر كذا لا يصح جعلهما أجلا للكفالة وفى كلامه نظر من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضى نفى جواز التعليق لا نفى جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثانى ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذكر ثالثا والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلا والثانى كذلك لقوله بعده الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفى جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه لا يقال نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا تنتفى الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف فى موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم فى الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثانى بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما أجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله (ويجب المال حالا) وتقديره لان الكفالة لما صح تاجيلها باجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت فى الحال فى كل واحد منهما

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة

شيا ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنت مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافك به وفى الخلاصة نقلا عن الاصل قال للمودع ان أتلف المودع وديعتك أو جحدك فانا ضامن لك صح وكذا اذا قال ان قتلك ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف ان أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) يعنى من هبوب الريح ومجىء المطر كان يقول كفلت به أو بمالك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يجىء المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما نحو اذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق) يقتضى أن فى التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به فى المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال وقلد المصنف فى هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقانى المشى على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجىء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق وفى الخلاصة كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة ان كانت فى صلبها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع فى بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التى تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شئ الا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة

وهو مكفول عنه لانه اذا علق الكفالة بقدوم أجنبى ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبى ليس بسبب لتسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار ومعنى قولنا باطل أن الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة اذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره (قوله وكذا اذا جعل واحد منهما) أى من هبوب الريح ومجىء المطر أجلا بأن قال تكفلت الى أن تمطر السماء أو تهب الريح الا

(فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به) وان لم تقم البينة فالقول

قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) أقول أى وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أى باجل متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مرادا به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا أقر بشئ مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشئ مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه أشار بقوله لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه باكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق فى حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا أقر فى مرض الموت يصح اقراره فى حق نفسه ولا يصح فى حق غرماء دون الصحة حيث يقدمون على المقر له فى حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بامر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عنى أو تكفل عنى وبغير أمره سيان فى الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بامره أو بغيره ولان الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف فى حق نفسه وكل ما هو تصرف فى النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يعترف به) لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق فى حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا

فالقول قول الكفيل فى مقدار ما على المكفول عنه) مع يمينه (فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) المكفول عنه (فى حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ماذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فانها بالدين القائم فى الحال وماذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضى القاضى ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقررت له بالف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه فى الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فاقر فى الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أبى المطلوب اليمين فالزمه القاضى لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفى الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم فى تركة الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه منى وأقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فانا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فاعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فانا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفى فتاوى النسفى رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار فى ترك الكفالة وفى مجموع النوازل جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيأ بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالى لا تطلعوه علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص فلو أخذ الوالى منهم شيا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التى عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا)

أنه تصح الكفالة أى فيما اذا جعل واحد منهما شرطا أو أجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا لان ما جاز تعليقه بالشروط لا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولانه فى الحال تمليك مطالبة بلا عوض ولو كان تمليك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فههنا أولى (قوله لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال رجل لرجل ماذاب لك على فلان فهو على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لى عليك ألفان وقال الكفيل مالك عليه شئ فالقول قول المطلوب وقد لزم هنالك على الكفيل ما أقر به المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع أن قوله ليس بحجة على الكفيل قلنا قال شمس الائمة

قال المصنف (لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعى بخلاف ما اذا قال ماذاب لك على فلان فعلى فاقر فلان على نفسه بالف فانكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى باى طريق كان فى مسئلة الكتاب تكفل بما عليه فى الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم يقم البينة اهـ وفيه بحث

بل منتفع لامحالة والمطلوب بان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فبالامر لم يتضرر وان أمر فقد

رضي والضرر المرضي غير ضائر فتبين ان الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما أدى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره يرجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه أو عبدا كذلك وأمر الكفيل فانه اذا أدى لا يرجع على الصبي أصلا ولا على العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على أني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير أمره لم يرجع

ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضي به (فان كفل بامره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بامره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)

وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعم من كونه باذن وبلا اذن (ولانه) أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب) لان ضرره (بثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند أمره و) عند أمره يكون (قد رضي به فان كفل بامره رجع بما أدى لانه قضى دينه بامره) مقيد بامرين أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا أو محجورا وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي ماذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الاذن ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا أو شريكا وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه وأورد مطالبة بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بان الآمر طلب التمليك من المامور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضي عنه وأن يكون قاضيا عنه الا بعد أن يصير المقضي به ملكا للآمر الا أن الملك للآمر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شئ من ذلك فانما معناه التشبيه أي هو كالملك وفي الكفالة

السرخسي رحمه الله ليس هو بالزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو ايجاب المال على الكفيل بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته (قوله فان كفل بأمره رجع بما أدى) هذا اذا كان الآمر وهو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى أن المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا أو أمر رجلا بأن يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الصبي أصلا وكذا العبد المحجور اذا أمر رجلا بان يكفل فكفل عنه فأدى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفل عن الصبي

قال المصنف (لانه قضى دينه بامره) أقول المراد أمره المعهود (قوله لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تامل فانه لو لم يكن معتبرا لم يرجع على العبد بعد ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ

لانه

لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجع سواء كفل بامره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها الارث له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ما ضمن والثاني أن يكون أدى خلاف ما ضمن كما اذا أدى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن وأما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعني ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كانه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ

لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه أما اذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث

بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره (لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه أما اذا أدى خلافه) فانما (يرجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زيوفا فادى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف أو كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المأمور باداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا رجع بالزيوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدل من قال ان الكفالة ضم في الدين أجيب بان هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل

المأذون بأمره وادى كان له أن يرجع بذلك عليه (قوله أما اذا أدى خلافه) بان كفل عن رجل بدراهم جياد وأعطى الطالب زيوفا رجع بمثل ما ضمنه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ما على المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه في الجملة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة رب

يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطالب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شئ فانه لا دين على الكفيل في الاصح

وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة

والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكما اذا ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بان أحال المديون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور باداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشئ فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة

الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما أو بالارث بان مات الطالب فورثه منه وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان أحال على انسان ولم يكن على المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانير أو عروضا عن الدراهم الدين أو وهب له المحتال له الدين أو تصدق عليه أو ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه بخلاف المأمور باداء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما أدى اذا كان المؤدى مثل المأمور باداته أو دونه حتى ان من أمره بقضاء دينه وهو جياد فأدى زيوفا فتجوز بها من له الدراهم يرجع المأمور بالزيوف على الآمر ولو أمره بقضاء دينه وهو زيوف فأدى الجياد رجع بالزيوف أيضا لان الرجوع هنالك بحكم الآمر بالاداء فلا بد من اعتبار الامر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الامر في حق الزيادة وفي الفصل الاول وان وجد الامر لم يوجد الاداء كذا في الذخيرة وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة أي هنالك يرجع على المكفول عنه بما أدى وهو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو ألف درهم لان الصلح على أقل من جنس حقه ابراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والابراء اسقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم احترازا عما لو صالح على جنس آخر من الدنانير أو العروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل على ما يجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى (قوله وليس للكفيل أن يطلب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) فرق بين هذا وبين الوكيل

لا يرجع الا اذا أدى بامر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المامور بقضاء الديون والمامور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه أن يقال المامور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شئ حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى يتنزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو أدى الزيوف على الجياد ويجوزه ذلك رجع بها دون الجياد لان أداء المامور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما أدى باطلاقه فيه تسامح وأما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين أحدهما أن يصالحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما نذكره والثاني أن يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال

الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل

حكمية

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لوزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له أن يحبسه اذا كانت الكفالة بامره

حكمية قال (فان لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الاصيل

حكمية) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لوزم) الكفيل (بالمال فله أن يلازم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه) خلافا للشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد وقلنا ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه والا فيعامله بمثل ما عامله به (قوله واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل (في الصحيح) خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بانه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام لقبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان ابراء الاصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابرائه (وكذا اذا أخر عن الاصيل

بالشراء فان له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدي والوجه فيه أن الكفيل ملتزم للمطالبة وانما يملك الدين بالاداء وقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فأما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره فللمشتري الاول أن يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل أن ينقده هو الثمن الى البائع الاول (قوله لان الدين عليه في الصحيح) احترازا عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل (قوله لان عليه المطالبة) أي على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولا دين محال فلزم من ابراء الاصيل ابراء الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين والا يلزم جعل التبع أصلا والاصل تبعا فلم يلزم من ابراء الكفيل ابراء الاصيل (قوله وكذا اذا أخر) الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد أي فيما بين الاصيل والكفيل فاما الابراء الموقت والمؤبد يفترقان في حق الكفيل فان الابراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده وأما

وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ الاصيل وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الاصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء أو الابراء فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هنالك كفيل بل البقي اذ ذاك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه (وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطالب أو بدون الكفيل جائز ألا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل (وان أخر الطالب عن الاصيل

فهو تاخير عن كفيله وان أخر عن كفيله لا يكون تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت) لاسقاط المطالبة الى غاية (فيعتبر بالابراء المؤبد)
وردبان هذا اعتبار مع عدم التساوى. وهو باطل ألا ترى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء وتسقط

فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الاصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه. قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهى على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف

فهو تأخير عن كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد) فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الاصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما فى حكم لا يستلزم الفرق بينهما فى كل حكم وسبب الافتراق فى ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر فى الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشى الساقط كاسقاط الخيار وأما الابراء المؤقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فالم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أى بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى شهر (لانه) أى المكفول له (لا حق له حال الكفالة الا فى الدين) فلبس اذ ذاك حتى يقبل التأجيل سواه (فكان الاجل الذى يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الاصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه) لانها تقرر حكمها قبل التأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئا جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بامره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقى حيث يرجع الكفيل بالالف وان لم يشرطا براءة واحد منهما بان لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهى مسئلة الكتاب (برئا جميعا) عن خمسمائة (لانه) أى الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أى الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التى أوفاها ولا خلاف فى هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لانه) أى الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أى الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التى

الابراء الموقت يرتد برده ويكون الدين عليه حالا لان الابراء المؤبد اسقاط فى حقه والاسقاط لا يرتد بالرد وأما الابراء الموقت فهو تأخير المطالبة وليس باسقاط ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل الابطال بخلاف الاسقاط الخاص (قوله وأما ههنا فبخلافه) لان تأخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل اذا التزم بالكفالة المطالبة فكان تأخيرا لما التزم فلا يثبت التأخير فى حق الدين لان الدين لم يذكر فى معرض التأجيل وأما فى هذه المسئلة ذكر الدين فى معرض التأجيل أوجب المطالبة عليه ابتداء موجلة ولن يكون عليه موجلا ابتداء الا بعد ثبوت التأجيل فى حق الاصيل لان حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين فيؤجل فى حقهما (قوله فان صالح الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة الى آخره)

عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شئ بغيره لا يستلزم التساوى بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الابراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) بجوز ان يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل فى ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره واذا كان تأخير الاصل الدين وهو فى ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا أى فيما اذا حل بعد الكفالة ولو
فانما كان التأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه وهو أن يشترط براءتهما جميعا أو براءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط

شئ من ذلك ففى الاول والثانى برئا جميعا وفى الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح والكفالة بامره وفى الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم

ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال الكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى

صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة فى ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها فى ذمة الكفيل عند الحاجة الى التمليك وفى خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفى الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بامره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل فى النهاية صورة هذه المسئلة ما فى المبسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ الكفالة (قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) بامر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى فى هذا التركيب فلابد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فافاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كأنه قال دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بامره والحوالة كالكفالة فى هذا وهنا ثلاث مسائل أحداها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب

المسئلة على أربعة أوجه ان شرطا براءتهما فى الصلح براءتهما جميعا عن خمسمائة وان شرطا براءة المطلوب فكذلك يبرآن جميعا وان شرطا براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير وان لم يشترطا فى الصلح براءة واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على هذا وهى مسئلة الكتاب برئا جميعا لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فأوجب براءته فيبرأ الكفيل ضرورة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره لانه أوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة أى ما وجب بالكفالة وهى المطالبة صورته ما ذكر فى المبسوط انه لو صالح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين (قوله فيثبت الادنى) وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك لان قوله برئت يحتمل البراءة بالقبض ويحتمل البراءة بالابراء فقد تيقنا بحصول البراءة باى أمر كان وشككنا

يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقى من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب بانه جعل الدين فى ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح
على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربا فيبقى الدين فى ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرآن عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة بامره) أقول لوجوب كون الصلح بامره تامل

فالاولى أن يقول لكفيل ضمن له بامره مالا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكران البراءة التى يكون ابتداؤها
من المطلوب أى الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض
فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل و يرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على
الاصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان مادل عليه اللفظ براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان
بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء
والثانية أدناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه أن يقال تيقنا بحصول البراءة بأى الامرين
كان وشككنا فى الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو
مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل
يضاف اليه على الخصوص
كما اذا قيل قمت وقعدت
مثلا وهو فيما نحن فيه
الايفاء لانه يضع المال بين
يدى الطالب و يخلى بينه
وبين المال فتقع البراءة وان
لم يوجد من الطالب صنع
فاما البراءة بالابراء فمما
لا يوجد بفعل الكفيل
لامحالة وقيل أبو حنيفة مع
أبى يوسف رحمهما الله فى
هذه المسئلة وكأن المصنف
اختاره فاخره وهو أقرب
الاحتمالين فالمصير اليه أولى
وقيل فى جميع ماذكرنا اذا
كان الطالب حاضرا يرجع
فى البيان اليه لانه هو المجمل
وأما اذا كان غائبا فالاستدلال
على الوجوه المذكورة
واعترض بوجهين أحدهما
هو أن المجمل ما لا يمكن
العمل به الا ببيان المجمل
وقد ظهر مما ذكران
العمل به ممكن والثانى ان
حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل فى الوجه الاول والثانى بالاثبات والنفى فكيف
يكون مجملا مع انتفاء لازمه أجيب بان قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح فى حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه
ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الى لانى أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وماذكر و فى تعليل الاوجه الثلاثة
استدلالى لا صريح فى الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك
سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا فى دلالته على المراد وكونه غير صريح فى الايفاء والابراء هو الذى سوغ استعمال لفظ المجمل
والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل
المجمل الاصطلاحى وان كان المراد به المجمل اللغوى وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذا يهون هونا

اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب
واليه الايفاء دون الابراء وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل

ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أبى يوسف كقوله برئت الى
وعند محمد كقوله أبرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ فى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذ
وبين مالو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت
الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت
بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وأبو يوسف يقول هو مثل
برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على
الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تحقق بفعل
الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان
متساويين واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعى عليه أبرأنى المدعى من الدعوى التى يدعى على منهم من قال
هو اقرار بالمال كما لو قال أبرأنى من هذا المال الذى ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون
بحق و بباطل ولو قال الكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لفظة الحل تستعمل فى البراءة
كالابراء دون البراءة بالقبض قالوا فى شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا
يرجع اليه فى البيان أنه قبض أو لم يقبض لان الاصل فى الاجمال ان يرجع فيه الى المجمل فى البيان والمراد
من المجمل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز وان كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الى معنى لانى أبرأتك
لا حقيقة المجمل يعنى يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ
مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ماذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الابراء

فى الاداء فلا يثبت بالشك وفرق محمد رحمه الله بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل
من الدراهم التى كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا والفرق وهو أن العرف بين الناس أن
الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت البراءة بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه

(قال

قال المصنف (لانه براءة لا تنتهى الى غيره) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك
براءة لا تنتهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة
لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراآت والتعليق انما يصح فى الاسقاط المحض و رد بما لو كفل بالمال
و بالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ من المال فوافاه من الغد فهو برئ من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة
المكفول به والمسئلة فى الايضاح ويروى أنه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد
الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل فى وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان
الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه أصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط
ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب له
فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ألا ترى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على أنى أبرأتك من الباقى كان صحيحا
وان علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز
على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن
لا يصح لان امكان الضرب أو حز الرقبة ليس بمنتف لامحالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان
مبالغة فى نفى الصحة فاذا
كفل رجل عن آخر بما
عليه من الحد والقصاص لم
تصح كفالته حيث لا يصح
الاستيفاء منه لان الاستيفاء
يعتمد الايجاب عليه
وهو متعذر اذ الوجوب
عليه اما أن يكون
اصالة والغرض خلافه أو
نيابة وهى لا تجرى فى
العقوبات قالوا لان المقصود
هو الزجر وهو بالاقامة على
النائب يحصل وفيه تشكيك
وهو أن الزجر اما أن يكون
للجانى بان لا يعود الى مثل
ما فعل أو لغيره فان كان
الاول فقد لا يحصل
المقصود كما نرى بعض المتهتكين يعودون الى الجناية وان كان الثانى فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا فى الحدود وأما فى القصاص
فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لا محالة والثانى كما فى الحدود ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله
خلاف فى جريانها فى العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا فى المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز الخ)
الكفالة بالثمن عن المشترى جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان
المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر
ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع
بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما
يكون أمانة أو مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع
بان يقول الكفيل للمشترى ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة

(قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراآت ويروى
أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن
الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به
كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة
لا تجرى فيها النيابة قال (واذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون

(قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أى بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لى البعض
أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط
السؤال القائل يشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على أنى ان وافيت به غدا فانا برئ من المال
فوافاه به برئ من المال لان هذا شرط ملائم على أنه لا ورود له لان الغرض ان فيه روايتين فهذا الفرع
شاهد احداهما (و يروى أنه يجوز) وهو أوجه لان المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة
الى المطلوب أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة (فكان) ابراؤه (اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا
لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله (وكل حق
لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كـ)نفس (الحدود و) نفس (القصاص) اذ لا يقتل

فجعلت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا (قوله لما فيه من معنى التمليك) وهذا على قول من يقول بثبوت
الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهى كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات
لا تقبل التعليق بالشرط (قوله لان العقوبة) لا تجرى فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر (قوله

(قوله فان كان الاول) أقول و يجوز أن يعكس فيتبين ببطلان الاول بما ذكره فى وجه بطلان الثانى و بالعكس بل هذا أظهر (قوله فقد لا يحصل
المقصود) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر ولا يضرنا

والمستعار والمستأجر لانها أمانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب وبجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها أعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضى أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لامحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا الدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان اما مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه

وان تكفل عن البائع بالمبيع) على معنى انه لو هلك فعلى بدله لم يصح (قوله لانه عين مضمون بغيره) وهو الثمن وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شئ وانما يسقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما أمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقق معنى الضم فيها ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة بامانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح أصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شئ وفي الايضاح وأما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة (قوله خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها) أي بقيمتها قال الشافعي رحمه الله لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها والكلام فيه راجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة له التزام أصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الديون لا الاعيان ولان من شرط صحة الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الايفاء من عنده وهذا متصور في الديون ونحن نقول بان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل فصح الالتزام من الكفيل (قوله ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض) أي بعد دفع الثمن الى البائع أو بتسليم الرهن بعد

المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شئ على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان أمانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر استأجر كمن دابة وعجل الاجر ولم يقبضها أو كفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه وظنه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها

(قوله وما لم تجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمها فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو الكاكي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم أن من استأجر دابة معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالحمل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها

مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شئ وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شئ على الكفيل وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكر شمس الائمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد احضارها اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها او يجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب وأقام المدعى البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب وان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما أن الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل أعني الغاصب فان أقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شئ لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شئ لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذه به لان الراهن ضامن مالية العين هنا ألا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شئ على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر (قوله ومن استأجر دابة للحمل فان كانت بعينها) أي

القبض أي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى يقضى الدين وفي الايضاح وان

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ خبره يجيء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصور اما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتأمل

(قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس الخ) لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف اولا وقال آخرا تجوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة قيل أى نسخ كفالة المبسوط وفيه تنويه بان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هى نسخة واحدة فالموجود فى بعضها دون بعض يدل على تركه فى بعض أو زيادته فى آخر وذكر فى الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله فى الاصل فى موضعين فشرط الاجازة فى أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه فى بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم فى الكفالة بالنفس والمال جميعا لابى يوسف رحمه الله فى وجه الرواية التى لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله فى وجه رواية التوقف على الاجازة ماذكرنا فى الفضولى فى النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ماوراء المجلس لانه لاضرر فى هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء فى أن الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفى ذلك ضرر على الطالب ولهما أن فى عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولى توقف على اجازته لوجود شطريه

لا تصح الكفالة بالحمل (لانه عاجز عنه) وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا له

آجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له فى هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والحمل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من أنه عاجز عنه اذ لا يملك العبد أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شئ على الكفيل وقال شارح فى الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحميله الذى هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أى دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذى هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغى ان لا تجوز الكفالة فيه أيضا لان الحمل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما فى التى قبلها والحاصل أنه ان كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغى ان تصح الكفالة فيهما لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغى أن لا تصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب فى الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن فى تحميلها وهو ماذكر فى النهاية من التركيب وماذكرنا من الحمل عليها ففى المعينة لا يقدر على الاذن فى تحميلها اذ ليست له ولاية عليها ليصح اذنه الذى هو معنى الحمل وفى غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ) أى نسخ كفالة الاصل عن أبى يوسف (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه روايتين (والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ

كفل كفيل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا قضى الدين فان هلك سقط الضمان (قوله فهو باطل لما بينا) اشارة الى قوله لانه عاجز عنه لانه لا ولاية له فى الحمل على دابة غيره (قوله ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة) أى فى بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر هذه المسئلة فى الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ماذكر قولهما وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال فى موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف عند أبى يوسف رحمه الله وفى قوله الآخر

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد) أقول أى من محمد فلا يرد شئ تأمل (قوله فالموجود فى بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله فى بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول فينبغى أن يطرح لفظ النسخ من البين والامر هين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستندا بانه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبان الاقرار الخ) أقول فى العطف تأمل

أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ماذكرناه فى الفضولى فى النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس (الا فى مسئلة واحدة وهى أن يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لان ذلك وصية فى الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان

أنه التزام فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر فى المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيأ لانه مختار فى المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا لا وأحال المصنف وجه التوقف على ماذكره فى الفضولى فى النكاح وهو أن شطر العقد يتوقف حتى اذا عقد فضولى لامرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بان خاطب عنه فضولى آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه فضولى آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس) وهذا يقتضى أنه لو تم عقدا بقبول فضولى آخر توقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ قوله فى وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له فى المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل فى المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فضولى آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجازته أورده وقوله (الا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له فى المجلس فان هذه المسئلة صحت من غير قبول فى المجلس ولا قبول فضولى عنه (وهى أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فانه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما ان قوله تكفل عنى وصية أى فيه معنى الوصية اذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض فى ذلك وقد ذكر فى المبسوط ان ذلك لا يصح منه فى حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكأنه انما قال لهم اقضوا ديونى فقالوا نعم اذا قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا ثانيهما ماذكر فى المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته فى مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه فى ماله كيف شاء واختار فنزل نائبا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما فى ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه فان قيل غاية الامر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لى بمالى على فلان فقال كفلت لا يتم الا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع اذا قال بعنى بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت أجاب المصنف بقوله

حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز كذا فى النهاية وذكر العلامة النسفى فى الكافى اختلفوا على قوله فقيل عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب ينفذ والا تبطل وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل ولا الزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف فى التوقف جعله فرعا للفضولى فى النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كأنه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس لانه عقد تمليك على معنى ان المطالبة لم تكن مملوكة له وملكها بعقد الكفالة والتمليك بالشطرين فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ماوراء المجلس (قوله الا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله الا بقبول المكفول له فى مجلس العقد أى تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان وأما فى جواب القياس فلا يجوز على قولهما فى هذه المسئلة أيضا لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح اذا ضمنوه فكذلك ههنا (قوله لان ذلك وصية فى الحقيقة) أى فيه معنى الوصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما تصح

قال (الا فى مسئلة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكأنه قال لا يصح ذلك عندهما الا فى مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبى لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان أحدهما أن يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكأنه قال أوف عنى دينى وذلك وصية فى الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان فى معناها لا يكون القبول فى المجلس شرطا قيل فى كلام المصنف تسامح لانه فى معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر فى المبسوط أن هذا لا يصح فى حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية فى الحقيقة ومثل

هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل اللفظ بظاهره على معنى واذا نظر فى معناه يؤل الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول فى معنى الوصية أو وصية فى الحقيقة والثانى أن يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه أى الى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لى فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا أجاب المصنف بقوله (وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق) أى المريض يريد بقوله تكفل عنى تحقق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التى هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجينى نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت

له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ فيه

(انما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لانه) أى لان قوله تكفلت (لا يراد به المساومة وانما احتيج فى البيع كذلك لانه يراد به المساومة وهنا لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة فى الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الامر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجنى بنتك فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجرى فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبى) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض فى حق الاجنبى والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبى أو لوارثه لا يصح الا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبى وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا فى الوارث وهو أوجه وما فى المبسوط من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هى كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر فى الكفالة وقد فرض أن المريض قائم

اذا كان له مال لان يكون ذلك وصية من كل وجه لانه لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق الورثة والغرماء متعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب فى هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته أو يقال انه أى المريض قام مقام الطالب لحاجته الى أن يقوم مقام الطالب فى تفريغ ذمته وفيه نفع الطالب أيضا وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر الطالب وقال للوارث تكفل عن أبيك لى (قوله ولا يشترط القبول) أى قبول المريض فانه يراد به التحقيق دون المساومة وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغى أن يكون قبول المريض شرطا كما يشترط قبول الطالب فى مثل هذا لما أن الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له كما لو قال المشترى لرجل بعنى فقال البائع بعت لم يتم البيع حتى يقول المشترى اشتريت ولا يقوم قوله بعنى مكان قوله اشتريت فأجاب ان الظاهر من حال المريض أن يريد بهذا التحقيق دون المساومة فكان قوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة زوجينى نفسك فقالت المرأة زوجت كان هذا بمنزلة قولهما زوجت وقبلت (قوله ولو قال المريض ذلك لاجنبى فضمن الاجنبى دينه) اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض

وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه فى هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسلكين فى هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ الخ) اذا قال المريض لاجنبى تكفل عنى بما على من الدين ففعل الاجنبى ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه لا فى الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح فى حقه سواء ولو قال الصحيح

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه فى هذه الصورة) أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعد ما كفل الوارث بل يكفيه أمره قبل ذلك بقوله تكفل عنى ولا أدرى كيف يذهب الى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته فى الكلام على ما لا يخفى (قوله فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه لا فى الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما على ملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركته الحاصل أن الوارث اذا كان مطالبا بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس المنتفى خلفه فى ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبى لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فلم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترقا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالبا بدينه فى الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغى أن لا تجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين فى الكتاب فكفالة الاجنبى وهى سالم من

قال

ذلك لاجنبى أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى دينه بامره يرجع فى تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك فى المرض للضرورة ولا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه ديون الخ) اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فتكفل عنه بدينه انسان وارثا كان أو أجنبيا لم تصح الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هى صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت فى ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهى صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا والمفروض وثبوته اما أن يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام فى ثبوته وبقائه فى حق أحكام الآخرة وأما فى حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفى الا بابراء من له الحق أو باداء من عليه

قال (واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى فى حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه فى الحكم مال لانه يؤل اليه فى المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة

مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما بهذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة أنصارى فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو دينارا فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أى الدين (وجب) فى حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء أو الابراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شئ من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به فى الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولابى حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) فى حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لانها توثق ليأخذه فيها لا فى الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك و(لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب) والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل

والصحيح فى حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى الدين بامره يرجع به فى تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد فى الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله ولم يوجد المسقط) وهذا لان الدين كان واجبا عليه فى حياته فلا يسقط الا بالايفاء أو بالابراء أو بانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شئ من ذلك فلهذا يؤاخذ به فى الآخرة ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع عن الميت ولو برئ لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين كفيل بقى على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل (قوله فى حق أحكام الآخرة) أى فى حق الاثم (قوله كفل بدين ساقط) لان الدين هو الفعل يعنى ان شرط الكفالة بدين قيامه فى ذمة الاصيل والدين ههنا غير

أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته فى حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أو له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشترى لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذى هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه فى أحكام الدنيا ولابى حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو فى الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمى أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب فى التقرير فى باب صفة الحسن للمأمور به وان قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أى الدين (فى الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل فى الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه فى المآل فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه

هذا المانع أولى أن تصح فتامل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شئ (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب فى التقرير الخ) أقول من أنه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره فى التقرير من قبيل باب صفة

يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين فى نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فانها تصح وان تعذرت المطالبة فى حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى أن المصنف ذكر دليل أبى حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وسيذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان أحذق فى وجوه النظر على مالا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتى (قوله والتبرع

لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعنى ان التبرع لا يعتمد

الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل أوله مال نخلفه أو الافضاء الى الاداء باق

الكائن قبل سقوطه فسقط فى أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أى التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دين دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم

ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب فى الذمة أعنى فعل تمليك المال أو تسليمه ألا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذى يقتضى استحقاق الذم والاثم على الاخلال به وهذا انما يتصور فى الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتحصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى ايفاء المال أو تمليكه واذا ثبت أن الدين عبارة عن الفعل وانه يفتقر الى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف العاجز ولا قدرة هنا اما بنفسه فظاهر وكذا بخلفه لانه لم يبق عنه كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفلسا فكان عاجزا اصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل لما صح قولنا أوفى الدين معناه حينئذ أوفى الايفاء لانا نقول المراد به انه أتى بهذا الفعل وهو تمليك المال أو تسليمه فان قيل المال يوصف بالوجوب أيضا يقال على فلان ألف درهم ثمن بيع أو ضمان استهلاك قلنا يوصف به مجازا باعتبار انه محل الواجب كالموهوب يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصابا للزكاة ويجوز الشراء به وهبته ممن عليه وهذه أحكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين فى الذمة والسلم يكون فى الاموال دون الافعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقضى عليه بالافلاس والعبد المحجور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر فى الذمة حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقى الموضوع فى البيت * قلنا الدين عبارة عن الفعل الا أن الشرع أجرى عليه حكم الاموال من انعقاده نصابا والارث وجواز الشراء به لكونه وسيلة الى المال وللشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه فعل له حكم الاموال وهذا يكفى لجواز السلم فيه وأما المقضى عليه بالافلاس وأخواته قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة الوجوب لما ذكرنا ان الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضى تلك الحالة استحقاق العقاب على تركه والاخلال به واذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمة عذر مانع عن استحقاق العقاب على الترك والاخلال به ثبت أصل الوجوب وأثره وهو التكليف بالاداء لا محالة وان كان ثمة مانع من استحقاق العقاب ثبت أصل الوجوب وتقاعد عنه أثره وهو التكليف بالاداء والامر به (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) أى فى حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه فى حق الكفيل فلهذا لو أقر رجل ان لفلان على فلان كذا وأنا كفيل بذلك المال تصح الكفالة وعليه أداء الدين (قوله نخلفه أو الافضاء الى الاداء) أى اذا كان به كفيل نخلفه باق واذا كان له مال فما يفضى

قيام الدين فان من قال لفلان على ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أداؤه وان لم يوجد الدين أصلا ولان بطلان الدين انما هو فى حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن الحالية واذا كان باقيا فى حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشترى مفلسا لبقائه فى حق البائع فان السقوط فى حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل فى حق المشترى فلذلك انتقض العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال فى حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل

وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خالفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق) قال

بخلاف ما اذا عدما ويجوز أن يكون فى الكلام لف ونشر وتقديره نخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يفضى الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا اشترط فى القدرة اما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضى الى الاداء وقد وقع فى بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله نخلفه وعلى

الحسن للمأمور به ففى كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خبير بان منع المقدمة التى أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليتأمل (قوله وسيذكر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

هذا يكون تقدير الكلام نخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما فى قوله نحن بما عندنا وأنت بما * عندك راض والرأى مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحى والميت وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصارى ليصلى عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أبو قتادة رضى الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبى حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام فى كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أولا وأما حديث الانصارى فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أبى قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روى أنه

عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلى

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيه صاحب المال

يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملىء وأما حديث أبى قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من انشائها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به فى خصوص محل النزاع ويحتمل الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ايفائها ما لا يقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالاقرار بالكفالة بها حصل المقصود فصلى عليه ونوقض اثبات سقوط الدين بمسائل احداها لو مات المشترى مفلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن فى نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات مفلسا ولو سقط فى أحكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن بقى الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين فى حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به فى حال رقه فكذا فى حال الموت أجيب عن الاول بان الدين لا يبطل بموته فى حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين فى حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة وعن الثانى بان كساد الفلوس يبطل الملك فى حق المشترى فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق فى حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بان ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة لحق المولى كما أن الدين ثابت فى ذمة المفلس الحى وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أى قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الالف) التى كفل بها (قبل أن يعطيه) أى قبل أن يعطى الكفيل الالف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل

الى الاداء باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقيا فى حق أحكام الدنيا واذا تبرع به غيره صح لان صحة تمليك المال لا تتعلق بوجود الدين على ان صحة التبرع بناء على ان الدين باق فى حق صاحب الدين لان سقوطه عن

ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل أن يعطى الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان يكون قضاؤه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال انى لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن

تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أى فى الالف المدفوع وأنثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترد لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا فى نقض ما أوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعى لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثانى فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لاجبره على ذلك) أقول فى الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضم اليه) أقول لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر فى كتب الاصول لا أنها تخرب (قوله لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقانى وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شئ

والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض فى يده أمانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان يحصل من الكفيل أو من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثانى فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال فى النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضيخان والامام المحبوبى وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا أى لكونه نازلا منزلته لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهنا أو وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أى الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه و بين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافى ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفى ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا هنا هذا ما سنح لى والله أعلم بالصواب الا أن فيه أى فى الربح الحاصل للكفيل بتصرفه فى المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث

فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعى ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع

المال أو المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطى والمفعول الثانى هو ضمير المال المقدم فى يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعى وفى وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال) الحاقا بالزكاة المعجلة للساعى تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقى هذا الاحتمال (و) الوجه الثانى (أنه) أى القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ما ذكره بعد سطر فى تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله

المديون للضرورة فيتقدر بقدرها فيظهر فى حق من عليه دون من له (قوله كمن عجل زكاته الى الساعى) وكمن اشترى شيأ بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضى الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة وثمنا عند مضى الحول وسقوط الخيار فما بقى ذلك الاحتمال ليس له أن يسترده (قوله ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر) وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله أما اذا قضى الدين فظاهر الى أخره هذا اذا دفع المطلوب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له انى لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فانا أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده لكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا فى الكافى لكن ذكر فى كتاب الكفالة من الكبرى قال الحسن بن زياد رحمه

قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث فى فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كما فى مسألة الكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كما فى شرح الاتقانى

على مذهب أبى حنيفة نبينه فى مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه فى البيوع فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا فى قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من أصل خبيث وفى قول أبى يوسف يطيب لان الخراج بالضمان أصله المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان فى حكم الربح فيما لا يتعين أما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدى الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له فى القضاء لما بينا أنه ملكه قال أبو حنيفة وأحب الى أن يرده على الذى قضاه يعنى المكفول عنه ولا يجب ذلك فى الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبى حنيفة رحمه الله وفى رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وفى رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه ومن ربح فى ملكه يسلم له الربح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين أما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكر بنفسه وان كان كذلك كان الربح حاصلا فى ملك متردد بين أن يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث أى الذى يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى أول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم فى البيوع فهذا الخبث يعمل فى الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه أى لحق الذى قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا أصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار أنه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب

على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة فى يده (وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه أخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه فى البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له فى الحكم) لما بينا أنه ملكه (قال وأحب الى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه فى الحكم) وهذا

(لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أى الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أى لكن (أخرت مطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) مال الكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أى والدليل أن للكفيل حق المطالبة متأخرا أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أى قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل أدائه (فكذا اذا قبضه يملكه) يعنى اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له (الا) أى لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبى حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الالف التى قضاه اياها لان الدراهم لا تتعين (وقد قررناه فى البيوع) فى آخر فصل فى أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقى بحاله (فالربح له) أى الكفيل (لما بينا انه ملكه) أى ملك الكر وانما بينه فى ضمن بيان انه ملك المقبوض (قال وأحب الى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه وهذا

الله وقال أبو الليث رحمه الله هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء أما اذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد وقال نجم الائمة المكى رحمه الله واليه وقعت الاشارة فى باب الكفالة بالمال من الاصل فانه مال الكفيل يكون أمينا (قوله فنزل منزلة الدين المؤجل) ولهذا قلنا ان للمكفول عنه اذا رهن عينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين ولو أبرأ الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه له يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد الاداء (قوله الا أن فيه نوع خبث) أى على قول أبى حنيفة رحمه الله ونبينه وهو قوله فى تعليل

(قوله واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعنى ما تقدم بتصف صحيفة وهو قوله واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له (قوله وعند أبى يوسف يطيب) أقول يخالف لما فى شرح الزيلعى من انه اذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فيطلب التفصيل ثمة الا أن يكون عن أبى يوسف فيه روايتان

عندأبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه أولانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لاجبر لان الحق له

عندأبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولاشك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عندأبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره لمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة رواية) ثالثة (انه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولابي حنيفة أنه تمكن الخبث مع الملك اما) لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بان يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أولانه) انما (رضي به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانهما وجهان لا أن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكر لافيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الاصح لان الخبث (لحق الاصيل) لالحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه (لان الحق له) وهذا يفيد أنه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الا أنه استحباب لاجبر) لان الملك للكفيل واعلم أنه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولا أحب الى أن يرده ولا يجب في الحكم أي في القضاء وثانيا لكنه استحباب لاجبر يعني لايجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لايجبره القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ماقبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لاتبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لايجب التصدق بالربح ولا رده فاذ فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه

قول أبي حنيفة رحمه الله وله أنه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد الى آخره (قوله لكنه استحباب) لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لايؤمر بالتصدق والرد لا ايجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح خبيثا فان كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا توفيرا على الشبهين حظهما فاذا رده على المالك ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه وأما اذا أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب

قال

قال (ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد

وبين الله تعالى أو التصدق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من انسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لانه استفاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلا بحديث الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره) أي فامر الكفيل (الاصيل أن يتعين عليه حريرا) اى أن يشتري له حريرا بطريق العينة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطا الثاني تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بان يستقرض فيابى المقرض الا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا في السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا الذهب فاستقرض) فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي) كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي وضمان الخسران باطل لان الضمان لايكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال لمشتري العبدان أبق عبدك هذا فعلي لا يصح (وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى علي منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله

له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وطاب له عند أبي يوسف رحمه الله لما عرف (قوله ومعناه الامر ببيع العينة) أي النسيئة والعينة السلف ويقال باعه بعينة أي نسيئة كذا في المغرب أي معنى قوله يتعين عليه حريرا اشتر لي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني (قوله مثل أن يستقرض من تاجر عشرة) هذه صورة بيع العينة فيقول له أبيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل لي ربح درهمين وفيه صورة أخرى وهو أن يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثالثا في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فتندفع حاجته وانما أدخلا بينهما ثالثا تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وبيع العينة مكروه وذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي ومعنى الضمان هنا أن يقول المديون للضامن اشتر لي ثوبا لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين فان امكنك أن تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك علي غير أن هذا الضمان باطل لان الضمان انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على أحد فيبطل ضمانه كمن يقول لآخر بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا له ضامن وقيل هو توكيل لانه أخرج الكلام

قال (ومن كفل عن رجل بالف الخ) اذا أمر الاصيل الكفيل أن يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع والربح الذي ربحه البائع له عليه لاعلى الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكأن الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة والالزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ماقيل نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح

واماوكالة فاسدة نظراالى قوله تعين يعنى اشترلى حريرابعينه ثم بعه بالنقد باقل منه واقض دينى وفسادها باعتباران الحرير غيرمتعين أى غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا أجاب بقوله الجهالة

لان الحرير غيرمتعين وكذا الثمن غيرمتعين لجهالة مازادعلى الدين وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بماذاب له عليه أو بماقضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)

لى فهو توكيل لكنه فاسد لانه غيرمعين مقداره ولاثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشترلى حنطة ولم يبين مقدارها ولاثمنها ولوفرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدرما يقع به الايفاء كان الحاصل اشترلى حريرا يكون ثمنه الذى تبيعه به فى السوق قدرالدين الذى علينا وهو لا يعين قدرثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذى يقع به الايفاء غيرمعلوم (وكيفما كان) توكيلا فاسدا أوضمانا باطلا (يكون الشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة) التى يخسرها (عليه لانه العاقد) ومن صورالعينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر و يأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بألف حالة و يقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثمن الذى عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثيرمن الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم أى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ للتجار ان العينة التى جاءت فى الحديث خيرمن بياعاتكم وهو صحيح فكثيرمن البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغيرذلك استقرالحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدارمعين على الظرف و به يصير البيع فاسدا ولاشك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم الذى يقع فى قلبى أن مايخرجه الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير فى الصورة الاولى و كعود العشرة فى صورة اقراض الخمسة عشر فمكروه والافلا كراهة الاخلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤل أن يقرض بل أن يبيع مايساوى عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المديون و يبيعه فى السوق بعشرة حالة ولا بأس فى هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك فى خصوصيات المواد ومالم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بماذاب له عليه أو بماقضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام) رجل (بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضى هذه البينة ولا يقضى بها لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل فى هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لانه

مخرج الوكالة ولهذا ذكر فى بعض النسخ تعين لى حريرا مكان على لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذ لم يبين نوع الحرير ولا مقدار الثمن لان بيع العينة لا يتحقق الا بازيد من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولة وان كان

مازاد على الدين فانه داخل فى الثمن واذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشترى للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها فى الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة و يسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة و يأخذ منه عشرة و يدفعه الى المستقرض فتندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ماباع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغيرذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة قال (ومن كفل عن رجل بماذاب له عليه الخ) رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بماقضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعى البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى لان

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شئ

وعواه هذه غيرصحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المال المكفول به امامال مقضى به على الاصيل لدلالة ماقضى بصراحة عبارته ودلالة ماذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضى بمعنى المستقبل كقوله أطال الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضى خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غيرمطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا فى تعليل هذه المسئلة الى أن المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة و بعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس فى لفظ المصنف مايدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به امامال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة ان له على فلان ألف

لان المكفول به مال مقضى به وهذا فى لفظة القضاء ظاهر وكذا فى الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستانف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

جعل الذوب شرطا والشرط لابد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا على الغائب بل على أجنبى اذ لا ينتصب خصما (وهذا فى لفظة القضاء ظاهر وكذا فى الاخرى) وهى لفظة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) و وجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة حتى لو ادعى انى قدمت الغائب الى قاضى كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ماباعه أو داينه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد داينه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتها فى الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال مع رجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بامر فلان عن فلان فانى أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير

الدين معلوما وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمن مجهولا (قوله أومال يقضى به) معطوف على قوله مال مقضى به (قوله وهذا ماض) أى قوله بماذاب له أو قضى له ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك أى المكفول به مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعى فى دعواه ان له على المكفول عنه ألف درهم لم يتعرض ان القاضى قضى به بعد الكفالة وليس من ضرورة كون الالف على الاصيل أن يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه

درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضى به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين

(قوله فهو وان كان ضعيفا الخ) أقول لا يخفى عليك ان حكمه بالضعف لا يوافق المسئلة الآتية بعد سطرين ولعل تصديرها بصيغة التمريض اشارة الى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول لو صح هذا لم يتم الجواب فى المسئلة التى مرت آنفا لمكان الشك (قوله وليس فى لفظ المصنف مايدل على ذلك) أقول وليس فيه ما يابى عنه (قوله أومال يقضى به) أقول ولم يدعه أيضا كما لا يخفى (قوله ومع غيبة الاصيل لا يصح) أقول وليس فى كلام المصنف مايدل على ذلك أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير بيعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح فى مثل هذه المسئلة قال فى الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بان يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف مانحن فيه و يؤيد هذا الجواب ماذكره العلامة الكاكى فى شرحه حيث قال لأنه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال مقضيا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا وأحمد و يصح عند الشافعى ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الاصيل كما شرط فى عقد الكفالة ألا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر الاصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البينة تقبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثانى الفرق بين الكفالة بامر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بامر وبين ان يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة

واغا تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفى الكفالة بأمره يرجع الكفيل

أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى يعنى فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبى حنيفة نص الآن فى المسئلة اختلافا (وانما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعى ولا البينة (وانما اختلف) القضاء (بالامر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما فى الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن أمر فلا يرجع (لانهما) أى الكفالة بالامر وبغير الامر (يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالآخر) وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أى بالبينة (بالامر ثبت أمره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه للمقضى له دينا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لا تمس جانبه) أى جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم فى الكفالة بامره يرجع الكفيل

الا اذا حضر الاصيل وقضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل وقبل ذلك كانت على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب انى قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضى وأقمت البينة عليه بالف وقضى لى بذلك عليه فصرت كفيلا بذلك صحت الدعوى حتى لو أنكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضى على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو أقر لزم (قوله وانما تقبل) أى البينة من المدعى فى هذه المسئلة وهى ما اذا أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذاب له أو بما قضى له فكان المكفول به مالا موصوفا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة فما لم يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب على الكفيل فكان دعوى المدعى هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك لم تقبل وأما ههنا ادعى المدعى على الكفيل الكفالة بمال مطلق أى غير موصوف بانه قضى به على المكفول عنه وأقام البينة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل (قوله وانما يختلف بالامر وعدمه) أى فيما اذا كان بالامر

بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء وكلما كانا كذلك فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير أمره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أى الشان ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شئ فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه وبين ما اذا أبهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على ذلك بينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له من المسئلة بما قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت بمجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعى وسياتى تمام ذلك (قوله وفى الكفالة بامره)

بما أدى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه

بما أدى على الآمر) حيث ثبت الامر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل فى انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابى يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة أجيب بانه انما لا يرد لان قوله لا عيب فيه نفى للعيب فى الحال والماضى والقاضى انما كذبه فى قيام العيب عند البيع الثانى دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثانى وفى الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بما لك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون الكفالة بامر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شئ واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة

يقضى به على الاصيل أيضا وفيما اذا كان بغير أمره يقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بامره لم يصح القضاء بغير أمره وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدى الى الغائب والا لا يكون معاوضة ولان أمر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة واذا كانت الكفالة بغير أمر فليس من ضرورة صحتها التعدى الى الغائب لانها لا تمس جانب المكفول عنه لان صحتها تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل ولو قال تكفلت لى عن فلان بكل مالى عليه وانه كان لى عليه ألف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه وعلى الغائب ادعى الامر أو لا الا اذا كان بأمر يرجع والا لا * والفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لى على فلان كذا وهذا كفيل عنه وأقام البينة قضى على الكفيل خاصة ان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه اقرار بوجوبه عليه من جهة الكفيل واذا كان لصحته فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل * وأما قوله كفلت لك بكل مال لك عليه فليس باقرار منه بوجوب شئ عليه لانه لم يقدره ألا ترى انه لو كفل هكذا ثم أنكر المال على الاصيل كان القول له فصار تقديره بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شئ واذا صار معلقا صار القضاء بالمال على الاصيل شرطا لوجوب المال على الكفيل فصار القضاء على الكفيل مقتضيا لشرطه ولان فى الكفالة المبهمة لما لم يمكن اثبات شئ على الكفيل الا باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصما عنه وأمكن اثبات المال على الكفيل فيما اذا كانت الكفالة بمال مقدر فاقتصر على الكفيل * قال مشايخنا رحمهم الله وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب ألا ترى أن من قذف رجلا وادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه البينة انه كان عبد الفلان وقد أعتقه قضى بعتقه لانه ادعى لنفسه حقا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن الغائب فصار القضاء عليه قضاء على الغائب (قوله ونحن نقول صار مكذبا شرعا) هذا كمن اشترى شيا وأقر ان البائع

يجوز أن يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البينة على الكفالة بامر وبين ما اذا أقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذا اذا ثبتت بالبينة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضى عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن اشترى شيا وأقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه فى الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه فى زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعدما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضى لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه فى زعمه وأجيب بانه انما لم يكن له أن يرده على بائعه لان قوله لا عيب فيه نفى للعيب فى الحال والماضى والقاضى انما كذبه فى قيام العيب عند البيع الثانى دون الاول لان قيام

الغيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثانى فافترقا قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أى تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشترى لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة فى البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم

قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما

و ينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرأ الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبد الفلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب و يثبت القضاء عليه وكذا عبد ماذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولاه فاعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وكان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق (قوله ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أى تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشترى بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وأيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة فى البيع) بان باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أى بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا (وان لم يكن) أى عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع وترغيب المشترى اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة) تسكينا لقلبه (فينزل عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغريرا بلا يصح دعواه اياه أصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفى الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية فى ملكه بيعا باتا نافذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل أن يكتب فى الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضرتى والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فلعله كتب الشهادة لحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان فى زمانهم اذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص

باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه فى الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذبا شرعا * والفرق لمحمد رحمه الله بين هذا و بين ما اذا اشترى عبدا ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب وأراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضى لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه فى زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفى العيب فى الحال والماضى والقاضى انما كذبه فى قيام العيب عند البيع الثانى دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثانى (قوله وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت فى البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل فى المجلس فاذا قبل فى المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا فى نقض ما أوجبه ومن سعى فى نقض ما أوجبه من جهته ضل سعيه فى الحياة الدنيا (قوله ولو شهد وختم) أى كتب

للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى فى نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعى فى نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا فى نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهى فسخ لا نقض وان كان الثانى فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشترى لاحتمال أن لا يرغب المشترى فى شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان أدركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه فى المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه فى الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا وهو ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلوانى ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان فى زمانهم ولم يبق فى زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أولا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه

(قوله وبطلان السعى فى نقض ما تم الخ) أقول فيه تامل

وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع لعدم الملاءمة ولا هى باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا اذا كان الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب فى الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بشهدى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا أن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب فى الصك ما يدل على الصحة والنفاذ *(فصل فى الضمان)*

وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع ولا هى باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب فى الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين *(فصل فى الضمان)* قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

مكتوبا ووضع نقش خاتمه كى لا يطرقه التبديل وليس هذا فى زماننا *(فصل فى الضمان)* الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أوردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام فى لرجل لام الملك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهى الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أى الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبا مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى

شهادته فى صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما واقرارا بان المبيع ملك البائع لان البيع كما يوجد من البائع يوجد من غيره وله أن يقول انما كتبت شهادتى لاحفظ الحادثة أولا تأمل ان فى هذا العقد ضررا فارده أو نفعا فاجيزه والشهادة لا تكون مشروطة فى البيع أيضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضى وقضى بشهادته أو لم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى وأما كتابة الشهادة فى الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هى مجرد اخبار بالبيع ولو أخبر ان فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه تصح دعواه قال مشايخنا رحمهم الله الجواب المذكور فى كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء أو كتب جرى البيع بشهدى أو كتب أقرا بالبيع والشراء عندى أما اذا كتب فى الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان فى صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فلا تصح دعواه بعد ذلك ومتى كان فى الصك باع فلان كذا أو اقرانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته فى صك الشراء يختم فى آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغيير والتبديل ولم يبق ذلك العرف فى زماننا والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أم لا *(فصل فى الضمان)* (قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن) يعنى الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن

(ومن باع لرجل ثوبا الخ) الضمان والكفالة فى هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التغاير فى اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة فى البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه شئ كان بارا فى يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شئ كان حانثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى

 ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة ولان المال أمانة فى أيدى الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فافرضناه أمينا لم يكن أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة فى الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك فى التقرير تقريرا تاما . فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولقائل أن يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعى الى حكم شرعى فصار *(فصل فى الضمان)*

كما اذا باع بالغبن ثم باع بالعفو حسما ثم الجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته و بطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح فى نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما فى الذمة من الدين غير متصور وذكر فى الفوائد الظهيرية فى تعليله لان ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه و بين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل

ولان المال أمانة فى أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

لو حلف المشترى ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل عليه شئ حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه (ولان المال فى يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أى لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة) بان ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضامنا لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه و بين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع الرجوع فيه و يصير كانه ما أدى الا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ أو يبقى الجزء الذى لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه فى الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا فى عين خارجية والدين وصف اعتبارى ويرد عليه اختيار الثانى ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كما انه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذى صح هذا

المشترى (قوله لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وفى الفوائد الظهيرية لا معنى لهذا الترديد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا ولا معنى للقول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قيل انه لو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون مشتركا بينه و بين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب أحدهما للآخر أن يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع الرجوع فيه و يصير كانه ما أدى الا الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ وهذا معنى قول مشايخنا رحمهم الله ان فى تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء

ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع و يصير كانه ما أدى الا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ فهذا معنى قول مشايخنا ان فى تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل فى تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثانى لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف بخلاف

(قوله كان للآخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية فى فصل فى الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الثوب لانه ملكه بعقده (قوله ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح فى كتاب الصلح بان القسمة فى صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجعه (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية

يصح شائعا يجاب عليه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شائع فى كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز فى بعض افراده لا تعلق له بالباقى من الافراد ولا خفاء فى اختلافهما وتغايرهما افتراك ذلك نقص فى التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الاجماع الخ يجاب عنه بانه انما تلزم القسمة فيه لان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخران يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى ان للمشترى ان يقبل نصيب أحدهما و يرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجه

بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة ألا ترى أن للمشترى ان يقبل نصيب أحدهما و يقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه

يكون نصيب شريكه المضمون له قال فى الفوائد الظهيرية بعد ان أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعدما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه و بطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثانى و يدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا أن يفرق بين شرائه بحصته و بين ضمانها أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان النصف شائعا و يحكم بانه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باعا صفقتين) يعنى بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين بان باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من ذلك المشترى ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن أحدهما صح الضمان (لانه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشترى فى نصيب أحدهما فيما اذا باعا معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا فى الثانى محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبى حنيفة والا فهو على قولهما فى تعدد الصفقة على ما سلف فى البيع قال الامام قاضيخان ولو تبرع يعنى الشريك بالاداء فى هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه فى المشاركة فيصح و جواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع أسرع جوازا من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به (قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه) قبل

(قوله بخلاف ما اذا باعا بصفقتين) بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصفقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة ألا ترى أن للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما (قوله وان قبل الكل) أى للمشترى أن يقبض نصيب أحدهما اذا نقد حصته من الثمن وان قبل الكل وذكر الامام المحبوبى رحمه الله وان كان البيع صفقتين بأن سميا لكل نصيب ثمنا صح ضمانه لانه لا شركة بينهما ألا ترى أن المشترى لو قبل نصيب أحدهما ورد الآخر يصح ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول (قوله وأما الخراج فقد ذكرناه) وهو قوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخراج الذى تصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهى التى يقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة فى الذمة فلم يكن فى معنى الدين وفى الفوائد الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب

ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز أما الخراج فقد تقدم فى قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان فى الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب فى الذمة بان يوظف الامام فى كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهى التى يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس فى معنى الدين لعدم وجوبه فى الذمة وقد تقدم فى هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلا عن شئ والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد

أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وان كان للآخر حق المشاركة ألا ترى ان له أن لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك و بالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه وسيجئ ان شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال ان البيع أمر حكمى و باضافة البيع الى نصيبه مشاعا لا يلزم محذور بخلاف اضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدى الى أن يصير ضامنا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضح الفرق واندفع الاشكال ثم فى صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار اضافته الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعدغيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجئ انتهى ونحن نقول قوله وان كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما اذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل فى الصلح فى الدين المشترك ثم قوله وسيجئ يعنى فى الصلح فى الدين المشترك ثم قوله فوضح الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة اذ ليس فى كلامه ما يدفع الاشكال

(قوله يجاب عنه بان نصيب الشريك الخ) أقول فيه تامل (قوله لان ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول قال بعض الفضلاء هذا غير مطابق للواقع فان ما اشتراه

موته الابالوصية وأما النوائب فقد يراد بها مايكون بحق وقد يراد بها ماليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن فى بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثانى كالجبايات فى زماننا وهى التى يأخذها الظلمة فى زماننا ظلما كالقيجر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوى يريد فخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوائب فهى مايلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون فى حكم توجه المطالبة بها والعبرة فى الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا وان كان من جهة الذى يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى

نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا أمره به لاعن اكراه اما اذا كان مكرها فى الامر فلا يعتبر أمره فى الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبى بكر ابن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بان القسمة قد تجىء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول معناه ان أحد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون

وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لاتؤدى بعد موته من تركته الابوصية وأما النوائب فان أريد بها مايكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أريد بها ماليس بحق كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى الصحة الامام على البزدوى وأما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو

هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو تمليك طائفة من ماله مقدرة لادين ثابت فى الذمة لان الدين اسم لمال واجب فى الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين والزكاة ليست كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقى ولو وجبت فى نصاب مستهلك واعمالها شبه الدين فى بعض الاحكام على ماقدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب فى مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب فى الذمة (وأما النوائب فان أريد بها مايكون بحق ككرى النهر المشترك) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذى يسمى فى ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) فى حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن فى بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولى الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شئ فيه (وان أريد بها ماليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (فى زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغى ان كل من قال ان الكفالة ضم فى الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها فى المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقا (وممن يميل الى الصحة الامام البزدوى) يريد فخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فأبى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هى النوائب بعينها أو حصة منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون

به من عليه ويحبس فيه ثم قال كأنه أراد به الخراج الموظف (قوله وهو يخالف الزكاة) أى الخراج يخالف

واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجىء بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هى النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتكسير أو حصته منها أى من النوائب يعنى اذا قسم الامام ماينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فاصاب واحدا شئ من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغى أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما فى قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل أو وأما اذا كانت هى النوائب بعينها فهو محل الواو لا أو وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ماينوبه غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم مابيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ماينوبه غير راتب والحكم مابيناه (ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال

الرواية قسم بلا هاء لان قسمة فى القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدرى لكن لو كان كذلك لكان ينبغى كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب) ماهو (منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعنى فى القسمين (مابيناه) من الصحة فى أحدهما والخلاف فى الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محلته فى اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان فى ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما فى زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم مابيناه يعنى ماذكر من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لآخر) المراد الفرق بين مسئلتين احداهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل فى ظاهر الرواية خلافا للشافعى حيث ألحق الاول بالثانى فجعل

قال (ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبى يوسف ابراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقر له وقال الشافعى القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة

الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لاتؤدى بعد موته من تركته الابوصية وهذا لان واجب الزكاة فعل هو عبادة والمال محل لاقامة ذلك الواجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيأ والكفالة لا تصح بالعبادة ولا بأعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذات عن حريم الدين والحماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك نحو أن يقضى القاضى بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فأبى واحد منهم من الكرى وأنفق شريكه بأمر القاضى يصير حصة الآبى دينا فى ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال أو يحتاج الى فداء أسارى المسلمين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهى واجب مضمون تصح الكفالة وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا اختلف المشايخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ هنا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام على البزدوى رحمه الله تصح الكفالة بها لانها فى حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة فى باب الكفالة للمطالبة بها لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ فى الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بأمره (قوله وأما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها فحينئذ تكون الرواية بالواو أو حصة منها فيكون حينئذ بين القسمة والنوائب مغايرة والرواية بأو وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة وهى المقاطعات الديوانية فى كل شهر أو ثلاثة أشهر والمراد بالنوائب ماينوبه غير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل أن يقع ويحتمل أن لا يقع وقد ذكر عن أبى بكر بن سعيد البردعى رحمه الله انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن انسان بها لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسمة صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بسكون السين وحذف التاء كذا فى الفوائد الظهيرية وقيل أراد بالقسمة أجرة الكيال الذى يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة (قوله والحكم مابيناه) وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففى صحة الكفالة

وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل فى الدين عارض كما سيأتى ولابى يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه
فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعى و وجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو
تاخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثانى يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر
وفى الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين فى الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل أن يقول هب
انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فللخصم أن يقول أقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى أجل فكان ثمة اقرار على
نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة فى (٣٣٤)

المقر له هى حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة
الى أجل وفى الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه فى الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل
فى الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار أما الاجل فى الكفالة
فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الاصيل

القول فى المسئلتين للمقر ولابى يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثانى بالاول فجعل
القول فيهما للمقر له وما وقع فى أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعى ألحق الثانى بالاول وأبو
يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعى رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل
اعتراف بنوع كالاعتراف بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول
أبى يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق
الا بحجة كما فى الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول
للطالب فى انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة فى الحال اذ الظاهر أن
الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج
مستحقه فى الحال الا ببدل فى الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا
لعارض لا نوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفى الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو
الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها فى الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان

بها اختلاف المشايخ (قوله لانه لا دين عليه فى الصحيح) احترازا عن القول الآخر بانه يجب للطالب
على الكفيل دين أيضا (قوله فكان القول قول من أنكر الشرط) أى مع اليمين (قوله أما الاجل فى
الكفالة نوع) يعنى لما كان نوعا وجب ان يقبل قوله فى بيانه لانه لا يدعى العارض بخلاف الاجل
فى الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط والشافعى رحمه الله الحق الثانى
بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه الحق الاول بالثانى هكذا وقع فى عامة النسخ وهذا ليس بصحيح
بل الصحيح عكسه وهو ان يقال والشافعى الحق الاول بالثانى وأبو يوسف فيما روى عنه الحق الثانى
بالاول وذلك لان عند الشافعى رحمه الله القول قول المقر فى الفصلين جميعا فكان الاقرار بالدين وهو المذكور
أولا فى الرواية ملحقا بالثانى وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا ومذهب أبى يوسف فيما روى
عنه على عكسه وحجة الشافعى رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر باحد نوعى الدين
فالقول قوله وحجة أبى يوسف رحمه الله أنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه
فلا يصدق فيه الا بحجة ألا ترى انه لو أقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا

الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس وذكر الثانى لمن له زيادة استبصار فى الاستقصاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها فى الحال أو فى المستقبل والثانى موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل فى الديون عارض) هو الفرق الثانى ومعناه على أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل فى الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفى الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان
مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا والشافعى
أقصى ما يتصور فى الفقه من الدقة فى اظهار المأخذ واذا كان الاجل فى الديون عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين
كما فى شرط الخيار واذا كان فى الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله و وقع فى المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعى) أقول يعنى بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى
ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين فى ذمته فى الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له
ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ فى الحال بل يدعى ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتامل وهذا كلام اجمالى كتبته تذكرة

والشافعى ألحق الثانى بالاول وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الاول بالثانى والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على
الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله (٣٣٥) ومن اشترى جارية وكفل له رجل

والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثانى والفرق قد
أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن
على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له
على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع
على البائع والكفيل وعن أبى يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

التزام المطالبة يتنوع الى التزامها فى الحال أو فى المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما أقر بنوع منهما
فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا
مخلص ممن ادعى مالا وهو مؤجل فى الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان
اعترف به كذلك لا يصدق فى الاجل فالحيلة أن يقول للمدعى هذا المال الذى تدعيه مؤجل أم معجل فان قال
مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفى العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله
اليوم قبله شئ أرجو أن لا يكون به باس ان كان لا يقصد به اتواء حقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل
بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعنى لم يطالبه (حتى يقضى له
بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لا ينتقض البيع) أى لا ينفسخ (على ظاهر
الرواية) واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبى يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على
البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع و وجب للمشترى مطالبته فكذلك على الكفيل وجه
الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على
ملكه ولا يعود الى ملك المشترى حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا
لو كان المشترى باعها من غيره فاستحقت من يد الثانى ليس للمشترى الاول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع
عليه المشترى الثانى كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل
بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك
رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما
بقى هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ وصحح فى فصول
الاستر وشنى أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى و بعد قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه بالثمن
والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى
الوقف فى الارض المشتراة أو انها كانت مسجدا وشارك الاستحقاق الناقل فى أن كلا منهما يجعل المستحق
عليه ومن تملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك
المطلق لا تقبل بينته ويختلفان فى أن كل واحد من الباعة فى الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا
يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله

فكذا دعوى الاجل (قوله والفرق قد أوضحناه) اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر أقر بالدين الى آخره
(قوله لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع) ولهذا لو أجاز المستحق البيع بعد قضاء القاضى له صح البيع ولو
كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية نفذ حكم القاضى للمستحق بعد أعتاقه وانما يصير كفيلا اذا قضى بالثمن
على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشترى ان يأخذ الثمن من الكفيل * هذا جواب ظاهر الرواية وهو
الصحيح لان الاستحقاق لا ينفى ابتداء البيع فأولى أن لا ينفى البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل
بها لعدم المحلية وجه الرواية ان بمجرد القضاء يثبت للمشترى حق الرجوع ولم يثبت فى فصل الاستحقاق

بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشترى الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضى بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع فى ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف فى الامالى له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشترى على البائع وكفيله

ان شاء وموضعه أوائل الزيادات فى ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا الترتيب سائر

(قوله ووجب للمشترى الخ) أقول فيه شئ الا أن يكون وجب بمعنى ثبت

الكتب تبركا بما أملى به أبو يوسف فان محمدا أخذ ما أملى و بين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا و زاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبه الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك الوقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما تعذر العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به وأما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة أي على كل حال وتقديرا وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق أو حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه أو تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح

وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا

(وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم يزيد عليه تفريعا تتميما له (قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة) المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري وتقال للنفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان

(قوله وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب المأذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه وعن أبي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقض حتى لا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله ان أخذ العين بحكم الحاكم دليل الفسخ فينفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضى عليه بالاستحقاق (قوله فضمن له رجل بالعهدة) اعلم ان ههنا ثلاث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمان العهدة باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمان الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما جائز لان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وابو حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخليص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيأ لا يقدر عليه (قوله لان هذه اللفظة مشتبهة) أي لفظة العهدة قد تقع على الصك

ولو وأجيب بان فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا اشير الى أن بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازا شهرة أمره متجوزة ولاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على أن الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية وأما ضمان العهدة فقد ذكر هنا أي في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي

حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله أعلم بالصواب *(باب كفالة الرجلين)* لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلا وفي النصف الآخر كفيلا فما أدى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى أقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به أقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة أقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لا لانتفائه

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح *(باب كفالة الرجلين)* (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة

الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه (أو) تسليم (قيمته) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحيحا للكلام فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

(باب كفالة الرجلين)

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه (قوله واذا كان الدين على اثنين بان اشتريا معا عبدا بالف) أو اقترضا معا (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد) وجه أحدهما (ان كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلا دين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الاقوى تقديما له على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الائمة الثلاثة لهذا الا أن يصرفه بنيته أو بلفظه الى أحدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصالة ألا ترى أن المريض اذا اشترى في مرض موته شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيته قلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين

القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وقد تقع على العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه لانها من ثمرات العقد وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان العهدة يصح و يكون عبارة عن ضمان الدرك تصحيحا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وأبو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال (قوله وهو تسليم المبيع أو قيمته) أراد به الثمن والله أعلم

(باب كفالة الرجلين)

(قوله ثم هو تابع للاول) أي الثاني وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين

(باب كفالة الرجلين) (قوله وفى النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لا لانتفائه) أقول ضمير انتفائها راجع الى

(قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما المحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدى الى الدور فلم يقع فى النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداء نائبه كادائه) بيان للملازمة وتقريره أن صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عنى بامرى فيكون ذلك كادائى ولو أديت بنفسى كان لى أن أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فانا أجعله عنك فارجع عليك لان ذلك أديته الذى عنى فهو أدائى فى التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففى تقدير أدائى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح (وكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع والمطالبة

المعارضة وضمير لا لانتفائه راجع الى أحدهما (قوله مستلزما المحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور) أقول فى الملازمة ما لا يخفى قوله لان أداء نائبه كادائه عن نفسه بحق الاصالة أو ما يعمه فسلم ولا يفيد وان أريد كادائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كادائه عن كفيله فليتامل قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه

فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك

بقرض مثلا ونصفه ببيع وعين صح اذ فى الجنسين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مفيد ثانيهما (انه لو وقع فى النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لان أداء نائبه) يعنى كفيله بامره (كادائه) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه فى احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى الى الدور) وما يؤدى اليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت انه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك

لان المطالبة بالدين ولا دين محال (قوله وفى الزيادة لا معارضة) أى من كل وجه وفى النصف أيضا لم تكن معارضة حقيقة ولكنها كانت معارضة صورة ولا دور أيضا لان المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الاصالة برئ صاحبه عن الكفالة فاذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدى (قوله فيؤدى الى الدور) لانه لو جعل شئ من المؤدى من صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائى فان جعلت شيأ من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فلى ان أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسى فيفضى الى الدور (قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل و بالكل عن الشريك) يريد به ان معنى ما قال فى الكتاب واذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالكل وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضا وانما قال فى الصحيح لانهما لو كفلا بالالف كان الالف منقسما عليهما نصفين

شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة فى النصف راجحة بعد صورة

والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل

والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنها مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجيح للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما ادى ولا يؤدى الى الدور لان قضية هذا الاستواء) للاستواء فى العلة وهى الكفالة (وقد حصل برجوع أحدهما) وهو يؤدى (بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) لا استواء فيه فى العلة فان أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلذا لا يرجع الا بما زاد على النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول فى المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثانى صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا ممكن هنا بعينه بان يقول هذا الذى ترجع على به بسبب انك أديته عنى هو كادائى بنفسى فكانى أنا الذى أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك فى بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل

ثم اذا كفل أحدهما عن صاحبه فادى أحدهما نصف المال فانه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى على النصف لان جهة الضمان قد اختلفت لان نصف المال كان واجبا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة والنصف الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفالة الثانية فنزل هذا منزلة المسئلة الاولى (قوله والمطالبة متعددة) يعنى انما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل وكفيلا عن صاحبه لان موجب الكفالة التزام المطالبة وهى متعددة مطالبة على الاصيل ومطالبة على الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فتجتمع الكفالتان على كل واحد منهما (قوله على ما مر) اشارة الى ما مر من قوله لان موجبه التزام المطالبة وهى متعددة فى تعليل قوله من أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان (قوله وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) أو حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح فكذا فى الكفالة (قوله بخلاف ما تقدم) أى بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما أصيلا فى النصف لان دين الاصالة مقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف (قوله ولا يؤدى الى الدور) لانه اذا رجع أحدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس للآخر أن يرجع عليه لان قضيته الاستواء وقد حصل بخلاف ما اذا كان على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بان هناك جعل المؤدى عن الكفالة يؤدى الى الدور فلا يجعل قوله والآخر كفيل بكله على ما بينا اشارة الى قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح أن يكون كفالة بالكل عن الاصيل و بالكل عن الشريك

المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى الى الدور كما تقدم وانما قال فى الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما وقال (وان شاء) يعنى من أدى منهما شيأ (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره) ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل

بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول قبل ورقتين فى تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال

والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا نأخذه به وهو ظاهر قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما (٣٤٠) شاؤا بجميع الدين الخ) اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان يأخذوا أيهما

شاؤا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيأ لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاؤا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبد ان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه أى باداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أديت الالف فانت حر وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه لا تحقق

والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه وسنذكره فى المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل

والآخر كفيل عنه بكله) (قوله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى) كتاب (الشركة) من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين) المديونين بدين واحد والله الموفق (قوله واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بان قال مثلا كاتبتكما على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للائمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان انه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما فى الولد المولود فى الكتابة فيجعل كل منهما فى حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بادائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة وفى الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هى المعتبرة حتى ان ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما

(قوله لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين) وهى مسئلة أول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور (قوله واذا كوتب العبدان) كتابة واحدة بان قال كاتبتكما على ألف الى سنة فى الفوائد الظهيرية رجل كاتب عبدين له كتابة واحدة ثم انما قيد فى المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتبا على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا وهذا العقد صحيح استحسانا والقياس أن لا يصح لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها فى الكتابة مفسدا اذ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بان يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما فى الولد المولود فى الكتابة ويجعل كل واحد فى حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة وفى الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة ففيما وراء ذلك العبرة للحقيقة (قوله فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال فى الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب أن لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المؤدى على ما يخصه كما فى مسئلة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحرزا عن تفريق

(قوله أى باداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهما يعتقان باداء واحد منهما

كما سنذكره فى المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها وأما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواؤهما فى الوجوب عليهما لاستوائهما فى العلة أعنى الكفالة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشئ لانتفت المساواة ولو لم يؤديا شيأ حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان (٣٤١) فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها

واذا أعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما ولهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بان الرجوع بنصف ما أدى انما هو التحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بادائه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان فى التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقى النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالاصالة قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة

لا تحقق المساواة قال (ولو لم يؤديا شيأ حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بامره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

(باب كفالة العبد وعنه)

(ولو لم يؤديا شيأ) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل بعتقهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما) فوجب أن يتنصف (وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز وأجيب بان هذا فى حالة البقاء لا فى الابتداء كما لو مات شهود النكاح (فان أخذ الذى عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر به لم يرجع) على الذى عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

(باب كفالة العبد وعنه)

الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص يبرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا برئ عما عليه من البدل يعتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا ونظيره نصرانى كاتب عبدين له نصرانيين على خمر كتابة واحدة فأسلم أحدهما انقلب ما عليهما قيمة (قوله وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء) لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك الالف فبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت (قوله المعتق بالكفالة) فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة لا تصح قلنا هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة فى ابتدائه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وبعد اعتاق أحدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما فى موت الشهود والله أعلم

(باب كفالة العبد وعنه)

ببدل الكتابة وهى باطلة وأجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان أخذ الذى أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بامره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

(باب كفالة العبد وعنه) حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل فى بنى آدم هو الحرية وتوضيح ترتيبه يقتضى تقديم كفالة العبد فى البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

(باب كفالة العبد وعنه) (قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدأ بالكفالة عن العبد للقرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله فى الجامع الصغير وهى قول محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى العبد الذى يستهلك المال الذى لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته فى الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به فى الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤاخذ به فى الحال بل بعد الاعتاق عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عبارته (٣٤٢) فى الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شئ لتناولها ما اذا أقر العبد باستهلاكه للمال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤاخذ بذلك كله للحال أما صحة الكفالة فى هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما فى سائر الديون سواء كانت فى ذمة الملىء أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق فى حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل فى الحال وان كان فى حق الاصيل متأخرا الى الميسرة الكفيل

فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعنى ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر أى بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فانه بموته يبرأ

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

أخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيأ فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فانه يؤخذ به فى الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذى لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشرط فى الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حالا ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا للجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما فى يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أى بتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذى تحقق فى الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به فى الحال (فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب) يلزمه فى الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن فى حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى فى حقه بما يضره أعنى تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد فى حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه أحدهما فينفذ فى حقه دفعا للضرر ولم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين فى الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجح فى قول محمد فى العبد الذى يستهلك المال الذى لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع فى الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ

(قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق) أى مالا هذه صفته وهى انه لا يجب عليه حتى يعتق بان أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى

(قوله الى عبارته فى الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل فى قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيدا للتى بعدها ولبيان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد (٣٤٣) انتقل الضمان فى حق الاصيل الى القيمة فكذا فى حق الكفيل بخلاف الاول أى الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيده باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ) اذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو اما أن يكون عليه دين مستغرق أولا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثانى صحت ان كانت بأمره لان ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهى صحيحة سواء كانت بالنفس أم بالمال مديونا كان العبد أو غير مديون فاذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى

الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق فى ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وانما فرضها فى العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمغصوب بحيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله أنه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل فى قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه (قوله واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمه الله) فى شرح الجامع (أنه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبى غير المأذون غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته فى دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف

فانه لا يؤاخذ به فى الحال (قوله فان ادعى رقبة العبد) وفى الفوائد الظهيرية فان ادعى على ذى اليد رقبة لعبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فأقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد باثبات ملكه باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعى باقرار ذى اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد فى يد ذى اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شئ مما لزم على الاصيل الا اذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة فى حق الكفيل (قوله ومعنى الوجه الاول) وهو ما اذا كفل العبد عن مولاه بأمره أن لا يكون وفى بعض النسخ أن يكون بغير حرف النفى والصحيح من الرواية أن لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير ألا ترى انه يملك أن يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاه صار كالاجنبى عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك أمره بالكفالة وأما كفالته عن العبد تصح بكل حال سواء كان العبد مديونا أولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهى من ملك مولاه فاى فائدة فى هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة أو باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبد رجل دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء لذلك ونوقض بان الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هنالك لا يستوجب دينا على مولاه وأجيب بانه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضا غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد (٣٤٤) ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيأ من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزؤا ولعبا (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو الابراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحت به فلا يخلو اما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه أو مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما و بدل

اذا كان بامره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فاجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليته فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست بصحيحة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى من ماليته وهي ملك المولى فأي فائدة في هذه الكفالة أجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر (قد زال) بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره) فبلغه (فاجاز فادى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع [2] لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر دينا الا أن يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بان استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحريتهما اذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (واثباته مطلقا) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل

(قوله وقعت غير موجبة) والفقه فيه أن الكفالة توجب دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على الاصيل

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط انتهى الا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملا (قوله أما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحت الخ) أقول وتقريره الاول عندي ان مال الكتابة دين ثبت

(2) قوله أن ما يقع في نسخة العلامة العزاوي أي ما لا يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بحذف لا النافية فليتأمل مع ما يأتي اه

أما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم ألا ترى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا أو زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو ألزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها الا بتنا اعلمها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيأ (و بدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للمولى (على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي) لما ان أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرهما وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق (٣٤٥) فكان كالحر المديون والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر اذا اشترط موجب احداهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه أخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقريره الثاني أنه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا تصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته

و بدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

(كتاب الحوالة)

وعلى تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما (و بدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر من ثنتين و ينصف حده وقسمه هادون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة وأما العبد التاجر اذا دان مولاه دينا فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلا له فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صحت

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما ستعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها وأيضا أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيدا بما له على عمرو فاحتال أي قبل فانا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول وأما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل

الا أن ما يجب للكفيل مؤجلا الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل يصح ولا يرجع اذا ادى الكفيل بعد ذلك فتبين بعد ذلك ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيأ على مولاه (قوله و بدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله) لانه كالمكاتب عنده ولا يجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلك معللا بالعلة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المنافي لما أن للمستسعى عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود وغيرها دون العلة الثانية لانه لا يرد في حقه التعجيز وسقوط السعاية بالتعجيز

(كتاب الحوالة)

هي اسم بمعنى الاحالة يقال أحلت زيدا بماله على رجل فاحتال زيد به على الرجل فانا محيل وزيد محال ومحتال

تتميم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر

(كتاب الحوالة) قال في البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى وفي التتارخانية انه يجوز احالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب أو وديعة واذا صحت الحوالة برئ المكاتب وعتق وقال فيه وان أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببدل الكتابة لا تصح وان قيد ببدل الكتابة صحت وصار المكاتب وكيلا عن السيد بأداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق ما لم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الدائن والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيدا بماله على رجل فاحتال أي قبل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به

والبراءة تغفو الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها
قال (وهي جائزة بالديون الخ) الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبوداود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي (٣٤٦) الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني

ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعدما روى الحديث باسناده الى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأمورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة اما فلابد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط
والرجل محتال عليه ومحال عليه وتقدير المحتال في الفاعل محتول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تغفو الكفالة) أقول اذا لم يكن بامر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجيء

قال (وهي جائزة بالديون) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه)

ويقال للمحتال حويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ ان الدين أيضا ينتقل أولا وسنذكره من قريب فلو أريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول النافين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالديون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبوهريرة رضي الله عنه مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملىء فليحتل قيل وقد يروى فاذا أحيل بالفاء فيفيد أن الامر بالاتباع للملاءة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا أحيل على ملىء فليتبع لانه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الامر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر انه أمر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضاررة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلاشك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب أضمر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها دفعا للحاجة وانما اختصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال

والمال محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وقولهم للمحتال المحتال له لغو لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل كذا في المغرب وهي في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه (قوله وهي جائزة بالديون) قال عليه السلام من أحيل على ملئ فليتبع فالامر بالاتباع دليل الجواز (قوله انما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والنقل) في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي فيظهر أثره في المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا أما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي * فان قيل يشكل هذا بما اذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لك على فلان كذا فاحتل بها علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه * قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال أديت دينك على ان لا أرجع على المديون تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر المعنى دون اللفظ (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال) صحة الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحتال

وبه قال مالك وأحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء وأما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بان ذوي المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا للمطالبة للمحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من (٣٤٧) المحيل وقد يكون من المحتال عليه

والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على أن ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءتها عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه

أما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلابد من رضاه وأما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة

فلان الدين حقه وهو) أي الدين (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذمم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلابد من رضاه) والا لزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلانه) الذي (يلزمه ولدين ولا لزوم الا بالتزامه) ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه) عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بامره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبازية واشتراط رضا المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا لان للمحيل ايفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها علي فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فاجاز صحت (قوله واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر

عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضرة المحيل ولا رضاه (قوله واذا تمت الحوالة برئ المحيل) وللمتأخرين

(قوله وقلنا انه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليتامل قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تامل (قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكاكي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره

أو وهب الدين منه صح وهذا يقتضى تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثانى أن المحتال اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل فى الكفالة فان الابراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد المال للمحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا فى نقد المال كالاجنبى والاجنبى اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح ابراءته بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف فى تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول أبى يوسف والثانى قول محمد والفائدة تظهر فى الراهن اذا أحال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبى يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبى يوسف تصح لبقاء الدين فى ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لاغير لا يقال ماذكره المصنف يدل على

اذ كل واحد منهما عقد توثق

فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما فى الكفيل الا ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة فى حقه سواء فلا يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلوا بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقى الدين فى ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسئلتين احداهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبى يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح ويبرئ المحيل لان أصل الدين باق فى ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة فى بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها فى بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود

اختلاف فى ان الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والمطالبة والدين أم عن المطالبة دون الدين * وانما اختلفوا لذكر محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين أما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رحمه الله المطلوب أحال طالبه على غريمه مقيدا بماله عليه برئ المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتال عليه أو أبرأه لا يصح بالاجماع ذكره فى الجامع وذكر فيه أيضا انها مختلفة بين المتأخرين وذكر فى المبسوط عند أبى يوسف رحمه الله لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها أحال الكفيل الطالب على آخر برئ هو

وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفى الكفالة لا يبرأ فكذا فى الحوالة وقال ابن أبى ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفى الحوالة يبرأ فكذا فى الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم وهو يقتضى بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعانى اللغوية واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل فانها حوالة صحيحة كاملة ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالى والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فانها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شئ ولنا

(قوله لان انتقال الدين بلا مطالبة) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ماذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانتقاله اذ لا فائدة فى انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتأمل فان الكلام محل لا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول من غير تعين كما فى الكفالة فيها كما تقدم

ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية والتوثق باختيار الاملا والاحسن فى القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى فى بعض الاحكام واعتبر الحقيقة فى بعضها نعم يحتاج الى بيان كمية خصوص الاعتبار فى كل مكان وسبب المصنف عن بعضها فى خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك فى المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل فى معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم) لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية) المسماة باسماء تعتبر فيها معانى تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها (قوله عقد توثق) والتوثق أن يطالب كلا منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر فى ذلك بل يصدق باختيار الاملا والايسر فى القضاء فيكتفى به فى تحقيق معنى التوثق فى مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ماذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبئ عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف فى تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر ان تحقيق التوثق يحصل باختيار الاملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بانه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا مخوفا قد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك النقد يدافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلا بما اذا وقعت بغير اذن المحيل وأجيب بان معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ الا أنه قد يقال لو صح هذا صح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه

والاصيل ومنها وكل رجلا يقبض الدين فاحال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة أما من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رحمه الله المحتال أبرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتال وهب الدين من المحتال عليه فالمحتال يرجع به على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط دين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب فى الكفيل ومنها المحتال أبرأ المحتال عليه لا يرتد برده ولو وهب الدين منه يرتد برده وجعل الجواب فيه كالجواب فى الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين أجبر المحتال على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل لا يصلح وكيلا عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه علم أن الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار الحاصل أن الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل فى بعض الاحكام واعتبر التأجيل فى البعض لكون عملا بهما (قوله وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل) جواب سؤال وهو أن يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه لما أجبر على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضاء دينه لانه يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل هو متبرع حال أداء الدين اذ لا دين عليه فى الحال قطعا وماذكرت موهوم قلنا المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن

(قوله والتوثق باختيار الاملا) جواب لزفر وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملا أى الاقدر على الايفاء لبسوطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو فى الحقيقة تنزل فى الجواب بالقول بالموجب وقوله (وانما يجبر على القبول) جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغويه وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب أن لا يجبر المحتال على القبول أى لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبى وباداء الاجنبى المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم أن المحيل متبرع فى النقد وانما يكون متبرعا كالاجنبى ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعا

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل الا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ الا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتايد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على (٣٥٠) رضى الله عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا أو مطلقا والثانى ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انما حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثانى لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف فى الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد و يعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ و يعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته أى لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع و يعاد الثمن وان لم يشترط ذلك فى العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ و يعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقى المشايخ رحمهم الله واستخدام قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع

(قوله كان له على على رضى الله تعالى عنه الخ) أقول ليس فى حديث على كرم الله وجهه ما ينافى ما قلنا لعدم دلالته على موت المحال عليه مفلسا

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة

فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه والنقل انما هو فى حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا أن يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبى عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب فى المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله تعالى عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هى مقيدة معنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثانى لان الذمم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت فى احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثانى على الوجه الاحسن والالم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود

نفسه أصلا وهو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا (قوله لان البراءة حصلت مطلقة) أى عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة للنقل والمنتقل من الاوصاف لا يعود ولنا انها مقيدة أى ان البراءة مقيدة بسلامة حقه له يعنى ان الحوالة التى تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هى مقيدة بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح للتقييد كما اذا قامت المرأة للخروج فقال الزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف الى هذه الخرجة التى قصدت فى الحال حتى لو قعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق (قوله اذ هو المقصود) أى وصول حق المحتال اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة لانه عقد توثق فيليق بحالة ابرام العقد واحكامه لا ابطاله فصار كوصف السلامة فى المبيع بأن اشترى شيأ فوجده معيبا يرجع بنقصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشترى فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذى انتقل اليه يعود حقه

فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف فى ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن يأباها ابقاء لحقه فى ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار (٣٥١) أحدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا أعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثانى فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة التواء الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة فى الوضع قال (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد الامرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبى حنيفة يتحقق بأحد الامرين اما أن يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحتال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مفلسا

كما لا يخفى قال المصنف (فصار كوصف السلامة فى المبيع) أقول بان اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد و يعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقى المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع فيهما بمعنيين مختلفين

لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة فى المبيع قال (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد الامرين اما أن يجحد الحوالة و يحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا)

الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود ويؤيده ما روى عن عثمان رضى الله عنه مرفوعا وموقوفا فى المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد فى الاصل عن شريح مثل ذلك وهذان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ هذا واختلفت عباراتهم فى كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أى يفسخها المحتال و يعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ و يعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل فى الموت عن افلاس تنفسخ و يعود وفى الجحود يفسخ و يعاد وفى طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كلما ظهر لاحدهما مال أخذه كما فى الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والاجماع للصحة لأن يشترى شيأ من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشترى به من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحال لا يصير اسوة الغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال فى الجامع الكبير ولو أن المحتال أخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال و بين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال و بهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بدليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله بكل من أمرين اما أن يجحد الحوالة و يحلف ولا بينة عليه) للمحتال ولا للمحيل فقوله (له) يعنى كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مفلسا) لا مال له معينا ولا

الى المحل الذى انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيأ وهلك قبل القبض فان حقه يعود فى الدين كما كان فكذا ههنا والجامع انها سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ (قوله ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا) ذكر الامام التمرتاشى رحمه الله أو يجحد المحتال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل ولا للمحتال أو يموت ولم يترك مالا ولا دينا ولا كفيلا ولو مات المحتال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففى الشافى القول للمحتال مع اليمين على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل فى ملك المحتال عليه مال ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى فى الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما فى الاول فلما ذكرنا وأما فى الثانى فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان ووجه ثالث (٣٥٢) وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن الافلاس

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى فى الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه

دينا ولا كفيل عنه بدين المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو أن يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضى يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل والتوى التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو توى وتاو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففى الشافى والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين (قوله واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل) انما (أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق فى حقه وهو قضاؤه دينه بأمره ولان المحيل يدعى دينا عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهى المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هى حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال انى أحلتك لتقبضه لى فقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعى فى وجه وفى وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد وقول المصنف (ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه) جواب عنه وهو بناء على تسليم ما فى الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة

مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه وفى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين (قوله وهذا بناء) على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لهما يقال أفلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضى أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا فى الطلبة هما يقولان اعتبر القضاء بالافلاس فى اخراجه من السجن فكذا فى حق غيره وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسى غنيا راح خلاف غدا اذا جاء أو ذهب رواحا أى بعد الزوال والمعنى جاء وذاهب أو عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوى لا لتعذر الاستيفاء ألا ترى انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشئ ولا تصور للتوى فى الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون محلا صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة فى صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكما (قوله ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة) جواب سؤال مقدر وهو

بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معناه فى الكفاية فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر فى المبسوط وعن الشافعى أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضى أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا فى الطلبة قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) اذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره الا أنه يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان أقامها بطل حق المحتال عليه فى الرجوع فان قيل لم لا يجوز أن تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه أجاب بقوله لانها قد تكون بدونه أى الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول قول المحيل) قال فان قيل الحوالة حقيقة فى نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه

أن دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما فى الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان فى ذلك نوع مخالفة للظاهر قال (ومن أودع رجلا ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذى له فى يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثانى أن يقيدها بالدين الذى له على المحال عليه والمطلقة وهى أن يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده وان كان له ذلك عليه أو فى يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له فى يده عين أيضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هى أن يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها تحويل الدين من الاصيل فيتحول (٣٥٣) على الصفة التى على الاصيل والغرض

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب

متواطئ فيهما والافادة أو مجاز متعارف فايخص قولهما فان الحقيقة عند أبى حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الائمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكى وكنت وكيلا فى بيعه عنى والمقبوض مالى ويقول المحيل كان المتاع ملكى وانما بعته لنفسى فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما فى ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق فى سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالته مثل له على أو فى ذمتى لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر وشغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزنها فى جواب لى عليك ألف للتيقن بعود الضمير فى اتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء) لتيسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بها) أى لتقيد الحوالة بالوديعة التى هلكت (فانه) أى الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بـ) عين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلا فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلكت فى يد الغاصب

أن يقال اذا أحاله فقد أقر بالدين لان الحوالة نقل للدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة تستعمل فى نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رحمه الله اذا صار مال المضاربة دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضى يقال له أحل رب المال على الغرماء أى وكل وتستعمل فى نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على أن المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله وتحتمل المسئلة معنى آخر وهو أن المحتال اذا استوفى الالف وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذا الالف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكى وكنت وكيلا ببيعه من جهتى والمقبوض مالى ويقول المحيل كان المتاع ملكى وانما بعته لنفسى فالقول قول المحيل حينئذ لان أصل المنازعة بينهما وقع فى ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملا لغيره والثمن انما وجب بالبيع فى المحل الذى هو فى يده وهو الذى باشره فيكون الثمن واجبا له فى الظاهر فلذلك كان القول قوله (قوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها آخر عليه فهو جائز) الاصل أن الحوالة نوعان مقيدة بدين

انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم فى الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل مؤجلا على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذى فى يد المحال عليه وديعة وقوله لانه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثانى أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلان

تكون جائزة بالعين أجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحتال شئ عليه لتقيدها بها أى لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما سيجئ فى كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه قال العلامة الكاكى قيل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمال المجاز لا يخرجه عن ارادة الحقيقة أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرجه كان محتملا فلا يدل على الاقرار انتهى وفيه تامل (قوله لما فى الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شئ (قوله والمطلقة الى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره

معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة به ابيان لجوازها بالعين المغصوبة وانما
اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا فكان الفوات به الا كفوات الى خلف
وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم
وللمديون على آخر كذلك وأحال المديون الطالب بدينه على مديونه بالف على أن يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانه جائزة وحكم الحوالة
المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا او بالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك

لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته فيأخذه منه ابطلت الحوالة وهي حق المحتال

المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفا (والفوات الى خلف كلا فوات) فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة و بعين مضمونة و بدين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها (تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أي المحتال (أسوة الغرماء) فيه (بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي) للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فيأخذه منه بطلت الحوالة و) الواقع (انها حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا أو عينا والفرق ما قدمناه أنه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل

على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو وديعة أو غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بدين أو عين أو يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة ومؤجلة (قوله وحكم المقيدة في هذه الجملة) أي حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين ولعين امانة كانت وديعة أو غصبا أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن لا يبقى له حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال لا يكون أخص بذلك

العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعده الا انه تعلق به حق المحتال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفي حقه مما للمحيل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها ولو دفعها المودع أو غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حكم الاخذ للمحيل والراهن وهو أن الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيأ سوى العين الذي له بيد المحال عليه أو الدين الذي عليه فالمحال اسوة الغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس

لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه في حال حياته بخلاف فكذا بعد وفاته ولان المحال كان أسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء وأما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا

(قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازها خبره

بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده قال (ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه

على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه فاذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة أو مغصوب أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أي الشان (لا تعلق لحق المحتال به) أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفي الذمة سعة (فبأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بالف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة تحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدي ولكن له اذا لوزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبسه والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل باي صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه لانه حي محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل بريء عن الدين في أحكام الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتج) جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع في بلدة الى مسافر قرضا ليدفعه الى صديقه أو وكيله مثلا في بلدة أخرى ليستفيد به أمن خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره و رواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضا وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجات حرام وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن

العين أو الدين الذي قيدت حوالته به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو أسوة لهم والمرتهن يكون أخص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن (قوله بخلاف المطلقة) وهي أن يقول المديون لرب الدين أحلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه أو العين الذي عنده من غصب أو وديعة لانه لا تعلق لحقه أي لحق المحتال به أي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه أو بذلك العين الذي عنده (قوله بل بذمته) أي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أي من الدين أو عنده من الغصب والوديعة (قوله ويكره السفاتج) السفتجة تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام أمره وفي المغرب السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وانما يدفع على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي أن يقرض انسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم

وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشان لا تعلق لحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فاخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل أن يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت قال (وتكره السفاتج الخ) السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك

وسلم عن قرض جر نفعا

(كتاب أدب القاضي)

ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي سفاتج التجار مكروهة ثم قال الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس به كذا روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما أورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضي محتاج اليها فافادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الجيدة أدبا لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب يأدب أدبا بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعامه فهو آدب والمادبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل

ورثوا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤددا غير زمر

نحن في المشتاة ندعو الجفلى * لا ترى الآدب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مادبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروي عنه أيضا مادبة الله فتعلموا من مادبته بفتح الدال أي تاديبه وكان الاحمر يجعلهما لغتين قال أبو عبيد لم أسمع أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني باكماله وفي الشرع يراد به الالزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل أثموا هذا اذا كان السلطان لا يفصل بنفسه فان فعل لم يأثموا كما في البزازية وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه لا بد من ايصال الحقوق الى أربابها بالزام الممتنعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له بم تقضي فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله

تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لانه أحال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك أورده في آخر باب الحوالة والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

القضاء عبارة عن الاحكام لغة قال * وعليهما مسرودتان قضاهما * وعن الالزام شريعة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله والسنة فانه عليه السلام قضى وولى عليا ومعاذا والاجماع والمعقول ففي القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات والارض ودفع الظلم من الجاهل وهو مما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والملهوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء

قال

ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة أيضا في الديون والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

(كتاب أدب القاضي)

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي القاضي بتاخير الحكم آثم وعزل وعزر انتهى قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بان يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوي الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرارا لصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحق وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال جيدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد ويجوز أن يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا صلوات الله عليهم أجمعين قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم قال (ولا تصح ولاية القاضي الخ) ثم لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون أي المولى من أهل الاجتهاد أما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى أي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا

عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد برأيي فاقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه ألقي عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا في قذف والكمال فيه أن يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة (فرع) قلد عبد فعتق جاز أن يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة لو قلد قضاء مصر اصبي فادرك ليس له أن يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر اذا أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا الا يصح سلطانا فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير انه يعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينعزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع وأما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شئ الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى

(قوله حتى يجتمع في المولى) على لفظ اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية غيره اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على ما يجيء ان شاء الله تعالى (قوله فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة) أي يستفاد لان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى فالشهادة

على ما يجيء ان شاء الله تعالى انتهى وفي وجه الدلالة نوع خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة التفعل فانها للتكليف الذي يستلزم الطالب (قوله شرائط الشهادة) أقول أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى (قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالته على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الاشهرية قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهما الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا كما في الشهادة لا أن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس بعرف أوصاف القضاء باوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية يثبت باهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكمال الشئ لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون

(قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول ما ذكره يقتضي ايراده عقيب كتاب الدعوى وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذي قبله على ما هو دأبهم (قوله قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة الخ) أقول ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف (حتى يجتمع في المولى) أقول قال في الكفاية المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي

الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها وبما لوّح المصنف بقوله فيستفي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البزدوي وقوله وهذا اشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

أهلية الشهادة أصلا لاهلية القضاء هذا ولان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكمل من ولاية الشهادة) أقول اذ به يقطع النزاع (قوله أو مترتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى

أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله

غيره ولكن لا ينبغي أن يقلدوا والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية فولي (ففسق) وجار (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ولا شك أنه لو لزم ذلك انعزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها واذا وصلت الى مكة فانت أمير الموسم والاضافة كان يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر وتستثني منها كأن يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق ففي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل أما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فاظهر وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكر البزدوي وهو حسن لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين أن يرتشي ثم يقضي أو

والقضاء كذلك وانما قلنا ان حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة اذ الشهادة بمنزلة الاصل والقضاء كالتبع

لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بما يكون شرطا لها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط وقال لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قيل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه (وقال بعض المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء أسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبنى عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في أن الامام أو الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه وأما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة (والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطأ فلا يترك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذار النسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول

يقضي ثم يرتشي وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام من الجانبين كالاهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا أنه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا باس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا باس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانته للدين (وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطأ وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية بل للاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعي ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن

لها ألا ترى انه بني عليها (قوله ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته) فيتقيد التقليد

النادور يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو (قوله خلافا للشافعي) فانه علل له

الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر (قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشيوع في الهبة الخ) أقول كما اذا رجع الواهب في البعض الشائع أو استحق البعض الشائع (قوله وأما مبنى القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد (قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء

ان الامر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

المختار خلافه قالوا القضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه) و رفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع فى مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال أجتهد برأيى لا يلزمه اشتراطه واغما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة فى زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالى توجيه خلافه فيقلد فى هذا الزمان وفى بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبى صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بان يهدى الله قلبه و يثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت فى غيره وسنذكر سند حديث على رضى الله عنه واعلم أن ما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى فلا يفتى الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على أن المفتى هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كابى حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتى ليأخذ به المستفتى وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدى نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازى فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر فى زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى أبى يوسف لانها لم تشتهر فى عصرنا فى ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا فى كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتى به بل يحكيها للمستفتى فيختار المستفتى ما يقع فى قلبه انه الاصوب ذكره فى بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكى قولا منها فان المقلد له أن يقلد أى مجتهد شاء فاذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع فى قلبه انه الاصوب أولى والعامى لا عبرة بما يقع فى قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتى فقيهين أعنى مجتهدين فاختلفا عليه الاولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرى وتحكيم القلب لان العامى ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق فى حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به لانه التزم أن يعمل بقول أبى حنيفة فيما يقع له من المسائل التى تتعين فى الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا أو نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا أخذ العامى فى كل مسئلة بقول مجتهد

بحال عدالته فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضى بحال عدالته فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرط بان يقول السلطان لرجل اذا قدمت بلدة كذا فانت قاضيها أو

بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحرى فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحرى غيره بالاتفاق فلو صلى بتحرى غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله فى مسنده عن على رضى الله عنه قال أنفذنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذنى الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لى بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدى لسانك و يثبت قلبك فما شككت فى قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد

(قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعنى العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحرى) أقول يعنى شبهه المصنف على ما وجد فى بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحرى فانه لا يصل بتحرى غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام فى صحة ولاية المستمر على الجهل

و ينبغى

وينبغى للمقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها

قوله أخف عليه وأنا لا أدرى ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله و ينبغى للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره و يرزقه من بيت المال ولا باس للقاضى أن يأخذ وان كان غنيا متبرعا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى فى مال اليتيم اذا عمل فيه الوصى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وذكر عن عمر رضى الله عنه انه كان يرزق سلمان بن ربيعة الباهلى على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضى الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلة عياله فى زمن عمر رضى الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله فى زمن على رضى الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضى لا يقدر بشئ لانه ليس باجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفى تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلى وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأخرجه الطبرانى من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيأ فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين و روى أبو يعلى الموصلى فى مسنده عن حذيفة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن فى العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذى ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له ان يولى و يعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط فى السلطان وفى التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضى جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة فى الفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة

يقول لرجل اذا أتيت مكة فانت أمير الموسم فكذلك يصح أيضا تعليق عزل القاضى بالشرط (قوله وفى حد الاجتهاد كلام) وأصح ما قيل فيه أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا فى القياس عالما بعرف الناس (قوله وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه) أى منسوب الى علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه أيضا وليس هو يقدر علمه بالحديث أو صاحب فقه له معرفة بالحديث أى منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث أيضا وليس هو بقدر علمه بالفقه (قوله لان من الاحكام ما يبتنى عليها) أى على عادات الناس كالاستصناع يجوز عرفا و يترك به

(نعم ينبغى للمقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل (قوله وفى حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه فى التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أى مع ما ذكرنا من أحد الامرين (صاحب قريحة) أى طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات

(قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أقول وقد مر فى باب الاحرام من كتاب الحج (قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وأن يكون صفة بل هو أولى

المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادى ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على مايصلح أن يكون سبباله من عرف أوعادة فان من الاحكام مايبتنى عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطى العجين وغيرذلك قال (ولاباس بالدخول فى القضاء الخ) ولاباس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا تولاه قام بماهو فريضة وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمربه الانبياء قال الله تعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدى هذا الفرض فلاباس بالدخول فيه لان الصحابة رضى الله

عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر

قال (ولاباس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه) لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه) كى لايصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختار القوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين

الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفى الثانى عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معانى الآثار والمراد بمعانى الآثار المعانى التى هى مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثانى سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولاشك فى ذلك لانهما متضادان لان كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وهو تحرزه من القياس فى معارضة النص ومعرفته معانى الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معانى الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عبارتهما واشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقى الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطات أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع فى القياس فى مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس فى معارضة قول الصحابى ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لابد منه فى المجتهد فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده فى طلب الظن بحكم شرعى عن هذه الادلة ولا يقلد أحدا (قوله ولاباس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف) أما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضى الله عنهما لرواية أبى داود

القياس (قوله لانه فرض كفاية) لكونه أمرا بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما ان أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا أن فيه خطرا عظيما وأمرا مخوفا لايسلم فى بحره كل سابح ولا ينجو منه كل طامح الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده وعن هذا اختار كثير من السلف التعذيب البليغ ولم يختره ألا ترى أن أباحنيفة رحمه الله دعى الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب فى كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان فى المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابى فاستشار أبايوسف رحمه الله فقال أبو يوسف رحمه الله لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه أبو حنيفة رحمه الله نظر الغضب وقال أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد (قوله كيلا يصير شرطا) أى كيلا يصير الدخول فى القضاء شرطا لمباشرة القبيح لانه قبل القضاء لايتمكن من اجراء الظلم على غيره أوارتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما ولى القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته وولايته فيصير الدخول فى القضاء شرطا لارتكابه (قوله وكانما ذبح بغير سكين) رواه أبو هريرة رضى الله عنه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان

واعترض بان الدخول فى فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما فى صلاة الجنازة وغيرها وأجيب بانه كذلك الا أن فيه خطر الوقوع فى المحظور فكان به باس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كى لايصير الدخول فيه شرطا أى وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف فى القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان أكثر مايقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا وفى الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل أن يقول لى على فلان أوله على مطالبة بكذا فان قضيت لى فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد فى أدب القاضى ومنهم من قال لايجوز

(قوله من عرف أوعادة) أقول للتخيير فى التعبير (قوله وتعاطى العجين) أقول أى استقراضه فان القياس يابى جوازه والصحيح لعدم امكان معرفة المساواة فيه لعدم امكان معرفة مادخل فى كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تامل (قوله فكان به باس) أقول سبق من الشارح فى أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لاباس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بجرى على عمومه (قوله كى لايصير الدخول فيه شرطا أى وسيلة الى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرط مباشرة القبيح على ماذكره ليس بالدخول فى القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريفه عليه فتامل

الدخول فيه الا مكرها ألا ترى ان أباحنيفة رحمه الله دعى الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب فى كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان فى المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابى فاستشار أبايوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه أبو هريرة رضى الله عنه وذكر الصدر الشهيد فى أدب القاضى وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر فى الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر فى الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر فى الظاهر ووبال القضاء لايؤثر فى الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن فى باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلوانى رحمه الله يقول لاينبغى لاحد أن يزدرى هذا اللفظ كى لايصيبه ما أصاب ذلك القاضى فقد حكى ان قاضيا روى له

هذا الحديث فازدراه وقال كيف

والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه غيره ولابد من الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد

عن على قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يارسول الله ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم لى بالقضاء فقال ان الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فمازلت قاضيا أوماشككت فى قضاء بعد ورواه أحمد واسحق بن راهويه والطيالسى والحاكم وقال صحيح الاسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضرب صدرى وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فماشككت الحديث وصححه أيضا الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس قال بعث النبى صلى الله عليه وسلم عليا رضى الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحا الامام وأما انه فرض كفاية فقد قدمناه غيران مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لاباس أكثر استعمالها فى المباح وما تركه أولى وحاصل ماهنا انه ان لم يامن على نفسه الحيف أى الجور أوعدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع فى محظوره حينئذ وان أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان أمن فالغالب هو خطا ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذى وأخرجه ابن عدى فى الكامل من حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى ان بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوى له لحيته فبينماهو يحلق له تحت لحيته فى حلقومه اذ عطس القاضى فالقى الموسى رأسه وقد جاء فى التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات فى السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كانى بك قاضيا وقول

السكين يؤثر فى الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر فى الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لايؤثر فى الظاهر فانه فى ظاهره جاه وفى باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلوانى رحمه الله يقول لاينبغى لاحد أن يزدرى هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضى فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق

يكون هذا ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل) روى الحسن عن أبى يوسف ومحمد أنه اذا قلد من غير مسئلة لاباس به وقال (الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه) فيما اجتهد (ولا يوفق له) اذا كان مجتهدا (أولا يعينه عليه غيره ولابد من الاعانة) ان كان غير مجتهد وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح أدب القاضى للخصاف دخل فى القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لانه يلتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أيقدر على الوفاء به أولا وفى ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان فى البلد

غيره ممن يصلح للقضاء (فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) فى حقهم (واخلاء للعالم عن الفساد) فى الحدود والقصاص فاذا كان فى البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا ان كان السلطان بحيث لايفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا فى الاثم لادائه الى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله ألا ترى أن أباحنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبى حنيفة لاتدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها ألا يرى انه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضى الجائر أو الطالب (قوله لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ يثاب وعندى الاصوب أن يقال فلعله يخطئ ظنه أى ظنه قبل الدخول فى القضاء بانه يقضى بالحق لعله يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامل الذى كان كامنا فلا وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل الى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لايفصل بينهم) أقول أى

قال (و ينبغى أن لا يطلب الولاية ولا يسالها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا

أبى حنيفة كقول أبى قلابة ما وجدت القاضى الا كسابح فى بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما ليتقلده وقد أخرج مسلم عن أبى ذر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر انى أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم وأخرج أبو داود عن أبى بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان فى النار و واحد فى الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار فى الحكم فهو فى النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار وفى صحيح ابن حبان عن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضى العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولى عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جىء به يوم القيامة مغلولة يداه الى عنقه فان حكم بما نزل الله ولم يرتش فى حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما أنزل الله وارتشى فى حكمه وحاف فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمى به فى جهنم وروى النسائى عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقى و بين القضاء لاخترت ضرب عنقى وأخرج ابن سعد فى الطبقات قال استعمل أبو ايد رداء على القضاء فاصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال أتهنوننى بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين وأما ما فى البخارى سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافى مجيئه أولا مغلولة يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى فى ظله فلا يعارض (قوله و ينبغى أن لا يطلب الولاية ولا يسالها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبى داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذى أيضا عن أنس مرفوعا من ابتغى القضاء وسال فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسرائيل يريد سند الاول وأصح من الكل حديث البخارى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان أوتيتها عن مسئلة وكلت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان من طلب الولاية يوكل الى نفسه وجب أن لا يحل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله و يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج) هذا تصريح بجور معاوية والمراد فى خروجه لا فى أقضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه

بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه (قوله و ينبغى أن لا يطلب الولاية) أى بقلبه ولا يسألها أى بلسانه (قوله وكل الى نفسه) أى فوض أمره الى نفسه ومن فوض أمره الى نفسه كان مخذولا غير منصور لان النفس أمارة بالسوء وانما كان كذلك لان من سأل القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه فصار معجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد و يوفق للصواب (قوله فى نوبته) أى فى نوبة على رضى الله عنه وانما قيد به احترازا عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق فى يد على فى نوبة أبى بكر وكذلك فى نوبة عمر وعثمان رضى الله عنهم وقال ولكن ما قالوه باطل لاجماع الامة على صحة خلافة الخلفاء

قال (و ينبغى أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغى له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضى الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أى فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس أمارة بالسوء لان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه وأعجب فيحرم التوفيق و ينبغى أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه و يرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق (قوله ثم يجوز التقلد) تفريع على مسئلة القدورى يتبين أنه لا فرق فى جواز التقلد لاهله بين أن يكون المولى عادلا أو جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع على رضى الله عنهما فى نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله (فى نوبته) احترازا عما يقوله

لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغى

الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضى الذى كان قبله) وهو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها

ولى القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا و يسمى ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام و بها مات وكان معاوية رضى الله عنه استشاره فيمن يولى بعده فاشار اليه بفضالة بن عبيد الانصارى فولاه الشام بعده وقوله فى نوبته نوبة على التى ذكرها المصنف هى كونه رابعا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان أحق بها فى سائر النوب حتى من أبى بكر رضى الله عنه وانما كان الحق معه فى تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق فى قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار ستقتلك الفئة الباغية وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضى الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر فى الاستيعاب قال قالت رضى الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهانى عن مسيرى قال رأيت رجلا غلب عليك يعنى ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتنى ما خرجت وأما الحجاج فحاله معروف وفى تاريخ البخارى بسنده عن ابى اسحق قال كان أبو بردة بن أبى موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج و جعل أخاه مكانه وأسند فى موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الحجاج أبا بردة ابن أبى موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر وفى تاريخ أصبهان للحافظ أبى نعيم عبد الله بن أبى مريم الأموى ولى القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى أصبهان وتوفى بها وقال ابن القطان فى كتابه فى باب الاستسقاء طلحة ابن عبد الله بن عوف أبو محمد الذى يقال له طلحة الندى ابن أخى عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعى يروى عن ابن عباس وأبى هريرة وأبى بكرة رضى الله عنهم وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من التقلد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة فى بلاد المغرب الآن و بلنسية و بلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذى يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلى بهم الجمعة * (فروع فى العزل) * للسلطان عزل القاضى بريبة و بلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل و ينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضى ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضى لانه نائب للسلطان و ينعزل القاضى بعزله نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضى بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن أبى يوسف لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتى قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضى اذا عزل نفسه يشترط علم القاضى و يجوز تعليق العزل بالشرط ومن صوره اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابى هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشىء و ينعزل خلفاء القاضى بموته ولا ينعزل امراء الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل الاول عن أبى يوسف لا ينعزل قال فى الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط فى القضاء شرطا مثل أن لا يمتثل أمر أحد فخالف انعزل وعن أبى حنيفة لا يترك القاضى على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله و يقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا (قوله ومن قلد القضاء يسأل) أى أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أى يطلب من القاضى المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بأنه (الخرائط التى فيها السجلات وغيرها) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء

الراشدين ولو كان الامر على ما قالته الروافض لكان اجماع الامة على باطل ولا تجتمع الامة على باطل ولم يرو عن على رضى الله عنه ولا عن غيره مخالفة ذلك الاجماع (قوله يسأل ديوان القاضى الذى قبله) ديوان القاضى الخرائط التى فيها نسخ السجلات والصكوك ونصب الاوصياء والقيم فى أموال الوقف وتقدير النفقات وهذا

الروافض ان الحق مع على رضى الله عنه فى نوبة أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم أجمعين وليس الامر كما قالوا بل أجمع الامة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة فى أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور فى الآفاق وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالتقلد) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما اذا كان يمكنه) قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضى الذى كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضى الذى كان قبله والديوان هو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصيا وتقدير النفقات لانها أى السجلات وغيرها انما وضعت فى الخرائط لتكون

(قوله احترازا عما يقوله الروافض) أقول و يحتمل أن يكون احترازا عن خلافة معاوية استقلالا

حجة عند الحاجة فتجعل فى يد من له ولاية القضاء والا لا تفيد دونها لانها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤل اليها بالتذكير ثم البياض أى الذى كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضى الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضى اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم وضعوها فى يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله فى الصحيح فى الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم أو مال القاضى لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكر (قوله ويبعث أمينين) بيان لكيفية التسليم (٣٦٦) وهو أن يبعث المتولى رجلين من ثقاته وهو أحوط والواحد يكفى (فيقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة كى لا يشتبه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة فى الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك (وهذا السؤال) أى سؤال المعزول (لكشف الحال لا للالزام) فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثانى بعن وهنا ليس

لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم وضعوها فى يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها فى خريطة كى لا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام

والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها) انما (وضعت) عند القاضى (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضى اذا وقعت (الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فتجعل عند من له ولاية النظر) فى أمورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذى كتب فيه القاضى ورقا أو رقا (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضايا فى الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضى لا لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضى (المولى وان كان ملك القاضى فكذلك فى الصحيح لانه اتخذه تدينا) ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تمولا ويبعث) المولى (اثنين) أو واحدا ماموما (ليقبضاها بحضرة المعزول أو) من (أمينه ويسألان) أعنى الامينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع فى خريطة) مثل الصكوك فى خريطة والنفقات فى خريطة وكتب الاوقاف فى خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان فى الكشف عنه حينئذ عسرا شديدا وفى عرف ديارنا ليس عند القاضى صكوك للناس ولا كتب أوقافهم بل اذا كان القاضى هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضى فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضاه ختما عليه خوفا من طرو التغيير وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة

لان القاضى يكتب نسختين احداهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون فى ديوان القاضى لانه ربما يحتاج اليه لمعنى من المعانى وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان ويبعث رجلين من ثقاته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضى المعزول أو أمينه والواحد يكفى والاثنان أحوط ويسألان القاضى الاول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء فى أموال اليتامى يجعلونه فى خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضى المعزول فلا يشتبه عليه شئ من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فأما القاضى المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع فى خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما يسألان القاضى المعزول وان لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما أشكل عليهما

(قوله والا لا تفيد) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها

(قوله لانها تؤل اليها بالتذكير) أقول لم يذكر البينة لان الحجة عند قيام البينة هى البينة قال لا الكتاب الشرعى بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سببا للتذكر الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتامل فان فى عبارة تؤل اليها نوع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذكر انما تكون بالنسبة الى القاضى الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة فى تسليم القاضى الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهب له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لا تنتظم الصورتين وانما ذكر قوله أو وهب له تنبيها على طريق تملكه اذ ربما يخفى على بعض الافهام فتامل ثم قوله لانه ملكه أى فى الثانى وقوله أو وهب له أى فى الاول قوله وهذا السؤال أى سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينه فالسؤال ههنا مضاف الى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أى يستعطيان القاضى المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثلا

كذلك وأجيب بان المفعول الثانى محذوف وتقديره ويسالان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسالانه أى يسالان شيئا فشيئا عنها وليس بشئ لان الكلام فى الثانى كالكلام فى الاول والاولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلا كما فى قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (وينظر المولى فى حال المحبوسين) بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم (لانه نصب ناظرا) لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولى الواجد يحل عرضه وعقوبته أى حبسه (ومن أنكر) ما أوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول الا بالبينة) لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه) فان قامت البينة بالحق والقاضى يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسال عن الشهود فان عدلوا فكذلك (وان لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير (٣٦٧) حق (لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه) أياما اذا جلس يقول المنادى ان القاضى يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلانى خصمه فليحضر فان حضر والا فان رأى القاضى أن يطلقه فان لم يحضر له رجل منهم خصم أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر أمره كى لا يؤدى الى ابطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه اذا حضر والفرق لابى حنيفة رحمه الله فى أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجئ أن فى مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفى ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف

قال (وينظر فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) لان الاقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر فى أمره) لان فعل القاضى المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كى لا يؤدى الى ابطال حق الغير

(قوله وينظر فى حال المحبوسين) فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم وأخبارهم ويسال المحبوس عن سبب حبسه لان القاضى ناظر فى أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس حجة يعتمدها الثانى فى حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) ورده الى السجن الا أن يبلغ المقدار الذى يخرج به من السجن عنده اذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضى يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلا وأطلقهم حتى ينظر فى حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضى المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من (الرعايا) وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لا سيما) وهى (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعى ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضا الا بحجة (واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما أوجب حبسه (لا يعجل) باطلاقه (لان فعل القاضى ظاهرا) ما كان الا (بحق) فيحتاط لخصمه الغائب فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى فى مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضى يفعل ذلك أياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وأمارته انه فى حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيل لى وأبى أن يعطى كفيلا وجب أن

(قوله حتى ينادى عليه) أى يأمر مناديا ينادى عليه كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلانى بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فان رأى القاضى أن يطلقه ينادى عليه كذلك أياما فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تانى عليه أياما على حسب ما يرى القاضى فان لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم وأطلقهم

يستعطيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا فهذا السؤال لكشف الحال أى الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلد القضاء يسال ديوان القاضى فافهم (قوله شيئا فشيئا منصوب) أقول يعنى منصوب على المفعولية (قوله لان الاقرار ولى الواجد يحل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبى عليه الصلاة والسلام لى الواجد يحل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واجد قلنا من حبس القاضى المعزول فان الظاهر انه لو لم يعلم يساره لم يحبسه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) أقول فيه تسامح لظهور ان الحجة هى البينة لا قول المعزول (قوله فان لم يحضر له رجل منهم خصم الخ) أقول يعنى بعد النداء (قوله على ما سيجئ) أقول فى فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب (قوله فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول اطلاق اليقين على ما ثبت نظرا الى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى

فلا يحتاج الى فرق وذكر فى المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لى أو لا أعطى كفيلا فانه لم يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى فى الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا فى أمور الناس (فيعمل فى المذكور على) حسب (ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده) لانه لابد لعمله من حجة (وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا أن يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغير من أقر له القاضى فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضى باقرار الثانى (٣٦٨) ويسلم الى المقر له من جهة القاضى) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة وجوه ذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشئ مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثانى فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شئ وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضى الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضى وهو المذكور فى الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضى الى ولا أدرى لمن هو وحكمه كحكم المذكور فى الكتاب والتعليل التعليل واما أن يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان غير من أقر له القاضى وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضى فقد أقر باليد له فصار كأن المال فى يده لما مر ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضى ودفعه الى القاضى وهو المذكور فى الكتاب آخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من جهة القاضى ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضى وباقراره لغير من أقر له القاضى أتلف المال على من أقر له القاضى فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أو لا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضى وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(وينظر فى الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو فى يده) لان كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الا أن يعترف الذى هو فى يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كانه فى يده فى الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضى فيسلم ما فى يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من جهة القاضى

يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فان لم يحضر أحد أطلقه وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما أما على قول أبى حنيفة فلا كما قال فى أصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتى والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابى حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفى ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضى بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله انى مظلوم حتى تمضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا (قوله وينظر فى الودائع وارتفاع الاوقاف) الكائنة تحت أيدى أمناء القاضى والذى فى ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البينة) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذى هو فى يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هى فى يده اذا أنكر وقال هى لى الا ببينة (لما بينا) انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يكتفى بقوله فى الالزام حتى ان الخليفة الذى قلد القاضى لو أخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الا أن يعترف الذى فى يده أن) القاضى (المعزول سلمها اليه)

(قوله ولا يقبل قول المعزول لما بينا) أى لا يقبل قول المعزول ان المال الذى فى يد زيد يكون لعمرو لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا الا أن يعترف الذى فى يده المال أن المعزول سلمه اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال لان من فى يده مال اذا أقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذى أقر له القاضى المعزول ثم قال دفعه الى القاضى المعزول فيسلم الى المقر له الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضى المعزول قيمة ذلك العين أو مثله باقراره ان اليد كانت له فيأخذ المعزول ويسلم الى الذى أقر القاضى له ولو بدأ بالدفع فقال دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان آخر فالقول قول المعزول ويؤمر بالدفع الى من أقر له القاضى المعزول ولو قال صاحب اليد دفعه

(قوله ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له) أقول يعنى ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور فى الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فان المذكور فى الكتاب أولا لا اختصاص له بما ذكره بل يعم الصورتين الاخيرتين أيضا

ثانيا فى الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له لصدوره عن الاجنبى عن المقر به فاسد فاذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثانى لصدوره عمن لا يملكه واذا أقر بالملك لغيره بما فى يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا (٣٦٩) فى حق غيره ولكنه يسمع فى حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره فى وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد الخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا فى المسجد كى لا يتستر مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وأرفق بالناس قال الامام على البزدوى هذا اذا كان الجامع فى وسط البلدة وأما اذا كان فى طرف منها يختار مسجدا فى وسطها كى لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس فى المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهى ممنوعة عن الدخول فى المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم فى المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثانى ولنا ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز فى المسجد كالصلاة

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد) كى لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهى ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى

فحينئذ اما أن يقول سلمها الى ولا أدرى لمن هى أو يقول سلمها الى وقال هى لفلان بن فلان وهو الذى أقر له القاضى المعزول ففى هذين يقبل قول المعزول فيهما لانه يثبت باقرار من فى يده أن اليد فيها كانت للقاضى فيقبل اقرار القاضى فيها كما لو كانت فى يده حال اقراره أو يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به له لانه أقر باليد للقاضى فصار كأن المال فى يده فاقر به لواحد وأقر به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضى فكذا هذا أو بدأ بالاقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضى ففى هذا يؤمر بالتسليم الى من أقر له الامين ويضمن مثله ان كان مثليا أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من أقر له به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه أقر بما هو فى يده فلما قال دفعه الى القاضى فقد أقر أن اليد كانت للقاضى والقاضى يقر به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من أقر له القاضى باقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضى الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من فى يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال ان ذكره وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك* (فرع يناسب هذا)* لو شهد شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضى لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كى لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفى الخلاصة ولا يتعب نفسه فى طول الجلوس ولكن يجلس فى طرفى النهار وكذا المفتى والفقيه (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذى تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع فى وسط البلد أما اذا كان فى طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له فالاولى أن يختار مسجدا فى وسط البلد وفى السوق ويجوز أن يحكم فى بيته وحيث كان الأن الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك فى الصحيح عنه (وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لانه) أى القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والحائض هى ممنوعة عن دخوله) ولان المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصى كثيرا من اليمين الغموس والكذب فى الدعاوى (ولنا) ما فى الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا فى المسجد وأنا شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثا فى يمين غموس وفى الصحيحين أيضا عن كعب ابن مالك أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينا كان له عليه فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يارسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يارسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبرانى مسندا الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة اذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يارسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يارسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يارسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم

الى القاضى المعزول وقال هو لفلان بن فلان أو قال دفعه الى ولا أدرى لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول ولو

(قوله وروى عن أبى حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعنى أنه قال والمسجد عطفا على الكلام السابق

والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها و بين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به و يأذن للناس بالدخول فيها و يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يارسول الله ألا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يارسول الله كذب علي والله اني لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يارسول الله مالي شاهد فامر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيأ كثيرا ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي الى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك فما قيل انه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده الى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند الى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة والى محمد بن عمر قال اول ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طوالة القضاء بها فكان يقضي في المسجد قال أبو طوالة ثقة يروي عن أنس بن مالك والى اسمعيل بن أبي خالد قال رأيت شريحا يقضي في المسجد والى الاسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرد انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وانما أخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها ليخرج اليها القاضي) أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن) بشرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحدا من الناس لان لكل أحد حقا في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المسجدان الاولى أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته لانه اذ ذاك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا باس بان يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الاخبثين أو به حاجة الى الجماع والحاصل أنه لا يقضي حال شغل قلبه وأصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معناه ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا (و) ينبغي أن (يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة) الرشوة أو الظلم وروي أن عثمان رضي عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة و يستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء و يشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال

أنكروا ذو اليد ما قاله المعزول كله القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه (قوله كما لو كانت الخصومة

قال

(قوله ونجاسة المشرك) جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) اذ لا نصيب الارض منه شيء (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة) فان قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا باس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا باس بذلك) قال الامام فخر الاسلام اذا كان دار في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول اليها لان لكل أحد حقا في مجلسه

(و يجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذ في الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن الاتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى (٣٧١) له أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال من أين لك هذا فقال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى اليك أم لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس باكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدى للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا أي سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو ممن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد ماله الا بقدر ما زاد في المال لا باس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الا أن الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

قال (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراءه ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه

أحد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب و يشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه و يبين له وجه قضائه و يبين له أنه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته الى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا أمكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي اما له خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا باس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فاهدى بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذا لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بانه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال و يكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي الي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا قال عمر ابن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري

في الدابة) فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود والاشارة اليها (قوله لان في جلوسه وحده

(ولا يحضر القاضى دعوة الا أن تكون عامة) قيل وهى ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هى مالو علم المضيف ان القاضى لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله والاطلاق لفظ القدورى لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل فى الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذى الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته ان ما قالوا فى الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما أحدث بعده وما ذكروا فى الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الاسلام أبو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغى أن لا يجيب القاضى دعوته وان كانت عامة لانه يؤدى الى ايذاء الخصم الآخر أو الى التهمة قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعوده واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشمته كذا فى تنبيه الغافلين (ولا

ولا يحضر دعوة الا أن تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل فى هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة مالو علم المضيف ان القاضى لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين

واستعمل عمر رضى الله عنه أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر رضى الله عنه أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال وتعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية ولهذا لو زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعى هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضى ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى الى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة) يعنى ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة (ويدخل فى هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوى وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق فى القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفى الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر فى المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر فى الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما فى الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فاذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى أنه لا فرق بين القريب والغريب فى الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذى قدمناه واختلف فى الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هى (التى لو علم المضيف أن القاضى لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هى التى يتخذها حضرها القاضى أو لا وعندى أن ما حكى عن القاضى أبى على النسفى وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الحصلتين أو لخصوص من الناس ولانه أضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضى لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفى عادة الناس فى ذلك وعادة الناس هى ما ذكر النسفى والله أعلم وعند الشافعى وأحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذى كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له والا لا يعوده وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى

تهمة) وهى تهمة الظلم والرشوة (قوله ويدخل فى هذا الجواب قريبه) وهو قولهما لم يفصل فى الدعوة الخاصة بين أن يكون الداعى أجنبيا أو ذا رحم محرم منه وقال فى فصل الهدية لا يقبل الا من ذى رحم محرم منه فلا بد من التأويل بين المسئلتين قالوا ما ذكر فى الضيافة محمول على ما اذا كان ذا رحم محرم لم تجر بينهما الدعوة والمهاداة صلة للقرابة وانما أحدث بعد القضاء فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء فى هذا وما ذكر فى الهداية انه يقبل من ذى رحم محرم فهو محمول على انه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة فاذا أهدى اليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول هكذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وفى مبسوط شيخ الاسلام الا أن يكون الضيف خصما فينبغى أن لا يجيب دعوته وان كانت عامة (قوله ويعود المريض) هذا

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن على رضى الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم الا أن يكون خصمه معه (ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضرا سوى بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدى القاضى فان كان أحدهما من ولاه والآخر فقيرا أو كانا أبا وابنا يسوى بينهما فى المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو أجلسهما فى جانب واحد كان أحدهما أقرب الى القاضى فتفوت التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين ولو خاصم رجل السلطان الى القاضى جلس السلطان مع القاضى فى مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضى من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضى بينهما كى لا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على أن القاضى يجوز له أن يحكم على من ولاه وكذلك يسوى بينهما فى الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضى أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيد ولا برأسه ولا بحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك فى وجهه لان فى ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب الآخر فيتحيره عن طلب حقه فيتركه) وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) وينبغى أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه فى غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهى المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بعدا أو ذراعين من القاضى ويمنع من رفع الصوت فى المجلس

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضرا سوى بينهما فى الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك فى وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنائز واذا استنصحك فانصح له فهذه هى السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله يشمته وروى البخارى فى كتابه المفرد فى الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقى قال كنا غزاة فى البحر زمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب أبى أيوب الانصارى فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتمونى وأنا صائم فلم يكن لى بد من أن أجيبكم لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب فى اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين فى الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الآخر لما روى اسحق بن راهويه فى مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على على رضى الله عنه فأضافه فلما قال انى أريد أن أخاصم قال له على رضى الله عنه تحول فان النبى صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطنى (ولان فيه تهمة) الميل (قوله واذا حضرا سوى بينهما فى الجلوس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه فى مسنده أخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثنى أبو بكر التيمى عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر وأخرجه الدارقطنى فى سننه عن عباد بن كثير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه واشارته ومقعده وروى عن عمر رضى الله عنه انه كتب الى ابى موسى عبد الله بن قيس الاشعرى ان آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجته للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك فى وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر وفى أبى داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير وقد أجلس عمرو ابن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الآخر فقال هنا فقال عبد الله الارض

اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغى أن يعود لان ذلك يؤدى الى ايذاء الخصم الآخر والى التهمة قال عليه السلام على المسلم لاخيه ستة حقوق ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعوده واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشمته (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) فيه اشارة الى انه لو أضافهما جميعا فليس به بأس وفى

قال (و يكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

الارض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه و يجلس خصم السلطان فيه و يقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما و بهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام فاجلس عليا رضي الله عنه مجلسه و ينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما و يسند القاضي ظهره الى المحراب وهذا رسم زماننا قالوا وهو أحسن لانه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة و يقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدئاهما بالنطق و بعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشئ غير ما بينهما فاذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بان يقول اسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها والا قال قم فصحح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع فان قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلابد من تقدمهن معهم واختار محمد أن يقدم الدعوى الاول فالاول و يضع على ذلك أمينا لا يرتشي يعرف السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا الايجوز فهم فيكون مهيبا لا تخافه الناس وأنكر الائمة مارأوا من أخذ بواب القاضي شيئا ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من التقدم الى باب القاضي في حاجته والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل و ينبغي أن يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلسهما على ما ذكرنا فهذه أيضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا سافر استصحب جلاسي الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت أن الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفو الاحوال والادب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مرادا به الخير لا حشمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله و يستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب وان يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق و يتخذ كاتبا أمينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كي لا يقع السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر و يقعده حيث يرى ما يكتب و يكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم | بمصر (قوله و يكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا باس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بان ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف

المبسوط لا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين الا أن يكون خصمه معه

*(فصل

قال (و يكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهدان بالالف فالقاضي ان قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك و وفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخير قول أبي يوسف يشير الى اختيار المصنف رحمه الله والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى قوله مكروه لانه اعانة الخ) أقول تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره

(فصل في الحبس)

فيقول القاضي يحتمل انه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضا أمر باكرام الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليهما القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتي بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد لا يلزم و يكفي كونه أخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضيخان لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيلا لا يعرف أنه وكيل القاضي تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه أن لا أبيع ولا أشتري ولا أرتشي وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا باس أن يبيع و يشتري في غير مجلس القضاء و ينبغي للخصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم و يخرج في أحسن ثيابه والله الموفق

(فصل في الحبس) أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا أنه اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضا الى زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان عليا بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه

ألا تراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا * بابا حصينا وأمينا كيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا العيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أيخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول أهله و جيرانه للسلام عليه لانه قد يفضي الى المقصود من الايفاء بمشورتهم ورأيهم و يمنعون من طول المكث والمال غير مقدر في الحبس فيحبس في الدرهم ومادونه لان

(فصل في الحبس)

(فصل في الحبس) لما كان الحبس من أحكام القضاء وتتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى أو ينفوا من الارض فان المراد به الحبس و بالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا أنه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب

(فصل في الحبس) (قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود

وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى تجعينا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضى نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضى بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف أن لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى قال (واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبينة فان كان الاول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ماعليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا فى أول الامر لان من حجته أن يقول ظننت انك تمهلنى فلم أستصحب المال فان أبيت أوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس وان كان الثانى حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الائمة السرخسى رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له دينا على فاذا علمت الآن لا أتوانى فى قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار فى فصل الاقرار والمال غير مقدر فى حق الحبس يحبس فى الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس فى الدين لا يخرج لمجىء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفى الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس فى هذا القدر من الخروج

كثير ضرر للطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم فى قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال (فان امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ماعليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ فى قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى وقد ذكر القدورى هذا القول بقوله حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال فى يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن يخرج عنه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل

قال (واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال فى يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ لعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفى الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسى عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانى ما كنت أعلم أن على دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يامره فى الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كـ) القرض و (ثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال فى يده ثبت غناه به) والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعنى اذا دخل المال فى يده ثبتت قدرته على ايفائه ومالم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله انى فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار

(قوله فسماه مخيسا) أقول خيس تخييسا ذلله فخيس بالخاء المعجمة قال فى القاموس مخيس كمعظم انتهى قال فى النهاية المخيس بالكسر أى المذلل من التخييس وهو التذليل وروى بفتح الياء وهو موضع التخييس وهو الذى اختاره فى المغرب (قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد فى صورة التعاطى فاذا قابل القدورى ما التزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فتامل

فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدورى (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) يعنى ضمان الغصب وأرش الجنايات (اذا قال انى فقير) لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الا أن يثبت المدعى أن له مالا ببينة فيحبسه) وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لان الاصل هو العسرة) اذ الآدمى يولد ولا مال له والمدعى يدعى عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه (وروى أن القول قوله الا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول شىء فى ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعى ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل فى ملكه شىء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفى المسئلة قولان آخران أحدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه

كما فى نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزى ان كان زى الفقراء كان القول له وان كان زى الاغنياء كان القول للمدعى الا فى أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون فى الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزى فيهم دليل اليسار وقوله (وفى النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر فى كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفى كتاب العتاق أن أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الاخيرين أما تأييدهما للذى كان القول فيه لمن عليه فى جميع فى ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه) لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى أن القول له الا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى

(ولا يحبسه فيما سوى هذين) النوعين (اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لانه وجد دلالة اليسار) أى قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكما لفعله لا لعقد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف (لان الاصل هو العسرة) فى حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يساله ألك مال أو لا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه الا أن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يحبسه ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أى للمديون (الا فيما بدله مال) كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعى ونسب الخصاف هذا القول لابى حنيفة وأبى يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان بزى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الا أن يثبت المدعى قدرته وان كان بزى الاغنياء فالقول للمدعى الا فى الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكلفون فى لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا ان يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصا عن أصحابنا بلا خلاف احداهما أن المرأة اذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيأ ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف

(قوله ويروى أن القول لمن عليه فى جميع ذلك) وهو اختيار الخصاف رحمه الله ويروى أن القول له الا فيما بدله مال وهو اختيار أبى عبد الله البلخى وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ويؤيد هذين القولين مسئلتان احداهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر لتمسكه بالاصل وثانيتهما

(قوله يعنى ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده فوجد فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما صرح به فى البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند القاضى وما فى البدائع فيما اذا باعه لآخر مثلا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذى ذكره المصنف آنفا والاصل ابقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين فان المراد باليسار فى قولهم واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة

مع أنهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ماذكر أولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت فى دعوى اليسار وأما تأييدهما للذى كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر و بدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والتخريج على ماقال فى الكتاب) يعنى القدورى جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقريره أنه أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالانفاق وقد تقدم أن الدين الصحيح (٣٧٨)

هو ما لا يسقط الا بالاداء من له أو بابقاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضا على ما فى الكتاب وهو قوله حبسه فى كل دين لزمه بدلا على مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه فى حياته ومماته من جهته الا بالايفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره واعساره أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل فى الحال وأما توقيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه فلابد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بماذكر

اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان لقولين الاخيرين والتخريج على ماقال فى الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الانفاق وكذا عند أبى حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلابد من

(والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين) يعنى قول القائل القول لمن عليه فى جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور أولا كان القول للمرأة والشريك الساكت فى دعوى اليسار وأما تأييدهما الثانى فلانه لما لم يكن بدل المهر و بدل العتق مالا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا فى النهاية ومنهم من استروح فى الاول فقال اما تأييدهما لقول من قال القول له فى جميع ذلك فظاهر وذكر فى الثانى ماذكر فى النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل فى الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال أو بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فان البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سببا أعنى العتق و يؤيدان القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل فى المسئلة ليس مالا و يجعل القول للمديون تأييد القول بان ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول والافلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له فى جميع الديون فمافى النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما فى الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب فى الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدله الدين مالا فالقول للمدعى أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فالذى لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور فى الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبى حنيفة وهذا معنى قوله (والتخريج على ماقال فى الكتاب الخ) فلم يرد انقضا فيرجح قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد

ان أحد الشريكين اذا أعتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلتان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما اذ اقدامه على النكاح والاعتاق امارة قدرته على النفقة والضمان كما فى المهر والكفالة (قوله والتخريج على ماقال فى الكتاب) يعنى تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا تردان نقضا على ماقال فى الكتاب فى ظاهر الرواية تحبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون دينا على المدعى عليه مطلقا وفى هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلق حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله يحبسه شهرين أو ثلاثة) وهو رواية محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله فى

على الابقاء ولا كذلك فى النفقة (قوله مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خبير بأن الالتزام فى صورة الاعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الاعتاق ردا على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول ان الظاهر أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان الا أن يقال المراد أن الصحيح لا يعدوهما لان كلا منهما صحيح (قوله أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الانفاق لا يكون دينا فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول فى الكفالة

و يروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوى لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلوانى وهو أرفق الاقاويل فى هذا الباب وروى الحسن عن أبى حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر والصحيح ان شيأ من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر فى السجن فى مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التى ضجر الآخر فان وقع فى رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة و يظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج فى البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة أما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلابد من اقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفى لان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفى وان استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلفه القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى وهى ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشترى جوار الشفيع وأنكر ملكه فى الدار التى بيده فى جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة ان له (٣٧٩) نصيبا فى هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه

فان القاضى لا يقضى بهذه البينة فما الفرق بينهما وأجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما فى نفسه أما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شئ معلوم لان القليل والكثير فى استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى برأيه أو بعد مضى المدة التى

ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بماذكره و يروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة أشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضى المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله

أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة والكفالة (و يروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوى لان مازاد على الشهر فى حكم الآجل وما دون الشهر فى حكم العاجل فصار أدنى الآجل شهرا والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة أى ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر

كتاب الحوالة وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه يحبسه ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر وذكر الطحاوى رحمه الله انه يحبسه شهرا وقيل انه أرفق الاقاويل فى هذا الباب لان مازاد على الشهر فى حكم الآجل وما دونه فى حكم العاجل والصحيح أن التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فى احتمال الحبس والصبر عليه حتى اذا مضت عليه ستة أشهر ووقع عند القاضى انه متعنت يديم الحبس وان مضى شهر أو دونه ووقع انه عاجز أطلقه وهكذا روى عن محمد رحمه الله (قوله ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية) وكيفية الشهادة على الافلاس حكى عن أبى القاسم انه قال ينبغى أن يقول أشهد انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره فى السر والعلانية ولا تقبل فى رواية

اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفى بعض الشروح جعل قوله يعنى بعد مضى المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه مالم تمض المدة وليس كذلك فان أصحابنا ذكروا فى نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ماذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك (ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضى المدة) بان أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية ففيه روايتان (تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يحبسه و به كان يفتى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد

(قوله و يروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بتقدير (قوله وفى بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ماذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقانى وسيظهر جواب آخر آنفا بان مافى الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أصحابنا ذكروا الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضى المدة لا يخليه قال المصنف (ولا تقبل فى رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس

ابن أبي حنيفة رحهم الله وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص

قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده

الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأي القاضي اذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضي بعد مدة انه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسال قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي وأحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتايد بمؤيد وبعد مضي المدة تايدت اذ الظاهر أنه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعى بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعى انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حبسه ولا شك أن معناه مالم تقم بينة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية شهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسال عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في أول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤوله بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا)

وعلى الثانية عامة المشايخ (قوله قبل المدة) أي قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدة أو تقدير الطحاوي أو غيرهما وفي الذخيرة فان أخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان فعن محمد رحمه الله فيه روايتان في رواية قال لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحهم الله وهكذا قال نصير بن يحيى وقال أبو بكر الاسكاف وعامة مشايخ ماوراء النهر ان القاضي يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة وهذا لان البينة على الاعسار بينة على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد وبعدما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد لان الظاهر انه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه الى آخره) وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في أول هذا الفصل انه اذا ثبت الدين على المديون بالاقرار لا يحبسه في أول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بجواز الحبس متصلا باقراره حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت التناقض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تأويله بقوله ومراده اذا أقر عند غير القاضي الى آخره ازالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر (قوله والحبس أولا ومدته) أي بينا الحبس أولا ومدته فلا نعيده

نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القدوري (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا أبدا حبسه وان كان معسرا خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ماذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه أول وهلة تحتاج الى تاويل فلهذا ذكر المصنف تاويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا البس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكرها فلا نعيده قال

قال

(قوله وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون) أقول لعل الصواب يعني عدم المنع كما لا يخفى

(ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص) قال

قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله أعلم

(باب كتاب القاضي الى القاضي)

الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فاما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها لم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يامره بالانفاق فان رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته الى القاضي يامره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والد في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التافيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق) أبا كان أو أما أو جدا لان في ترك الانفاق سعيا في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لقصده الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك لسقوطها) أي لسقوط النفقة (بمضي الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان عليه دين حبس لانه للغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه فاذا أخذ يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا أنه سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

(باب كتاب القاضي الى القاضي)

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بانه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة

(قوله ولا يحبس والد في دين ولده) وكذا الام والجد والجدة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من أجبر به على النفقة فابى حبسه أبا كان أو أما أو جدا أو جدة أو زوجا لان في ترك الانفاق عليهم سعيا في اهلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد (قوله لسقوطها بمضي الزمان) أي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في حق هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس أيضا والله أعلم

(باب كتاب القاضي الى القاضي)

الله تعالى ولا تقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة (الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده) وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد لقصده اتلاف مال الولد (ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق أكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

(باب كتاب القاضي الى القاضي)

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين

(باب كتاب القاضي الى القاضي)

قال (و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما نبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا) وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى

الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين فجوز اعانة على ايصال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذاك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الاصول و يؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده و بالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما نبين من أن المشهود فيه ما هو وعن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من ينصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضي منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الآخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه

(قوله و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لما في الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده أي عند القاضي المكتوب اليه للحاجة على ما نبين وهو ما ذكر بعده وجوازه لمساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا تندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما أن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول و يتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه قيل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلا لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلا عنه في الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى قاض آخر لان حكم القاضي قد تم و يحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه وأن يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعو سجلا لانه يكتب الى قاض آخر أو كان المدعى به مبيعا فاراد المدعى عليه الرجوع على بائعه وهو في بلدة أخرى فطلب من القاضي أن يكتب بحكمه الى قاضي تلك البلدة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل أو المرأة وهو ليس بمدعى به انما المدعى شئ آخر فصار النكاح نظير الدين في الذمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه كذا هنا

والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روى ان عليا رضي الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما أن يشهدوا على خصم أولا وتنكيره يشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب والكتاب لا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل

وقوله

لا يكون الا عند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة (والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى أن الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى أن الامور المذكورة

وجوازه لمساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (و يندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة) واستشكل بان في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بان المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمته باي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هنالك يقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (و يقبل في العقار أيضا) اذا بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالحمار والثوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد) لانه يخدم خارج البيت فاباقه متيسر فلمساس الحاجة فيه جوزه بخلاف الامة لانها داخل البيت

(قوله والامة المجحودة والمضاربة المجحودة) انما قيد الامانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين اذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها (قوله بشرائط تعرف في موضعه) وهي أن يقيم المدعى البينة انه كان له عبد فابق وهو اليوم في يد فلان و يعرف العبد غاية التعريف بصفته

بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي

في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري (واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبد دون الامة) فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح أدب القاضي وصفة ذلك بخاري أبق عبده الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين و يعلمهما ما فيه و يرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدان عنده عليه بالكتاب و بما فيه فتقبل شهادتهما و يفتح الكتاب و يدفع العبد الى المدعي

(قوله ليحكم بها المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعي الى القاضي الكاتب اذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ما سيجيء في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضي القاضي على غائب (قوله والا فلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بان الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان شرطا ينبغي أن لا يحكم بدونه قلنا جوزنا الاستحسان على خلاف القياس

خاتما من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيله وفي رواية عن أبي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبيد غير أن القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعثها معه على يد أمين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول

وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

فلا يتيسر لها تيسره له (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والثياب والاماء. (وعليه المتأخرون) ونص الاسبيجابي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أحمد اليك الله الذي لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكر وسألني ان أسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما دينا حالا وسألني ان أحلفه بالله ما قبض منها شيأ ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فسألني أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود قال ثم يطوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا أتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئني بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فان جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي حينئذ على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا اقرأه علينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا الا يفكه أيضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان أقر ألزمه اياه وان أنكر قال ألك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان في هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا ألزمتك ما شهد به الشهود فان جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل بآخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة تنبه عليها منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها او قالوا وكتب وأقام

واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب منها فاذا كتب وختم على ما يجيء وبعد ورود الكتاب على المكتوب اليه أحضر ذلك القاضي المدعى عليه والعبد وفك الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلية العبد ما في الكتاب ختم في عنق العبد بالرصاص ودفعه الى المدعي من غير أن يقضي له بالملك وأخذ منه كفيلا وأمره بان يذهب به الى القاضي الكاتب فاذا ذهب به اليه أمره القاضي الكاتب باعادة البينة على أن هذا العبد بعينه ملكه فاذا أعاد يقضي القاضي الكاتب به له ثم يكتب الى قاضي تلك البلدة أن يبرئ كفيله وفي بعض الروايات عن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي لا يقضي بالعبد للمدعي

شهودا

شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم وعندي لا بد أن يقول أحرار عدول اذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجر أو مزارعا فمزارع والمقصود تتميم تعريف الشهود ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لان الخصم اذا أحضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا الا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود وليس بلازم بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهر في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد أبق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير أن يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجواري كما في العبد الا أن القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد أمين لاحتمال أنه اذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتقاده أنها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها الا انه يبعد أن تجري مجرى الديون لانها اذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعي يطؤها

لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى القاضي المكتوب اليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه اليه حتى يقضي له بالعبد بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي الى القاضي في الجواري كذلك غير أن القاضي

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب. (الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الخصاف الى عمر بن أبي زائدة أو عمير قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجدلي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم أن يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام أن يعطيهم ما طلبوه وله ان لا واما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله أن يكون كنفسه وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم *(فرع)* يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي الفتاوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستحسان يجوز للامير أن يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه

المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بها معه على يدي أمين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطئها وان كان أمينا في نفسه لانه يزعم انها مملوكته وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبيجاب وعليه الفتوى (قوله بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم) لان كتاب ملك أهل الحرب ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شاء أعطاه الامان

بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة وأما الرسول فقائم مقام

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذه ليخالف ما سيجيء من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى قال انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل التزكية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدها فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول على كونه رسول القاضي

المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختمه بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا أشهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الائمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كيلا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط كذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

ولم يجر الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هنالك شرط كتاب القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأه عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي) ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا ان شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا بالا تقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكني هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية

وان شاء لم يعطه فلا يشترط البينة (قوله ويسلمه اليهم) أي الى الشهود وعمل القضاة اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول أبي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة رحمه الله يسلم

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي الى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخي انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضى الكاتب شرع فى بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضر الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضى الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال فى شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط شيأ من ذلك ولم يشترط فى القدورى ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفض الكتاب أى يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعى الى أن يزيد فى شهوده وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضى وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فاما اذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لا نسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به مالم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد فى المغنى والمكتوب اليه لانه

قال (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضى الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله

ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى (قوله واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضر من الخصم) وفى بعض النسخ لم يفتك الا بحضر من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضى جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معى كتاب القاضى اليك طالبه بالبينة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أى الكتاب فى المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضى ينقل ألفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته (بخلاف القاضى الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفى التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبى يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة) فى شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف)

المكتوب الى الشهود كذا فى النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخى رحمه الله (قوله لانه للنقل لا للحكم) وهذا لان الشهادة فى حق الكاتب للنقل فلا يحتاج فيه الى حضور الخصم وفى حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة أداء الشهادة عليه أو لان ذلك فى معنى الشهادة على الشهادة فان القاضى الكاتب

قال المصنف (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفى المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضى من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير حضرمنه جاز اه (قوله لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه) أقول وأنت خبير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله فاما اذا لم يكن شرطا) أقول كما هو مذهب أبى حنيفة على ما سيجىء فى الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أى بوجه آخر وقوله على ذلك أى على اشتراط العدالة (قوله بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء فى الصغرى للملابسة وفى الكبرى للسببية وأيضا للقائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو اغماء أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف فى الامالى يعمل به وهو قول الشافعى رحمهما الله لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضى ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضى بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما فى سائر الاقضية اذا مات القاضى قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر فى غير عمله أو فى غير عملهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما فى الموت أو فى الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعى يعمل به من كان قائما مقامه فى القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن القاضى الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون فى أداء الامانة فصاروا كالامناء فى الاموال وهنالك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضى بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له

لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر فى غير عمله أو فى غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف

واحترز به عما ذكر فى المغنى فانه قال فيه وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أى تجويز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بانه كتابه ووجه المصنف بما ذكره الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارتاب فى هؤلاء فيقول زدنى شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم *(فرع)* لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضى الى قاضى بلده فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضى المكتوب فيه أن يكتب الى قاضى تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضى فكما جوزنا للاول الكتابة نجوز للثانى والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التى سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضى الكاتب على قضائه الى أن يمضى أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى قالوا أو فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعى يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضى الى القاضى كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب فى الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضى فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيأ فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعنى قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (فى غير عمله أو غير عملهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر فى ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذى قام مقامه عندنا (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضى بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعى وأحمد

ينقل ألفاظ الشهود بكتابه الى القاضى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارته ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضر من الخصم فكذا هنا (قوله ربما يحتاج الى زيادة الشهود) لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا (قوله حتى لو مات أو عزل) قبل وصول الكتاب لا يقبله وفى الذخيرة واذا مات القاضى الكاتب قبل أن يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندنا وقال أبو يوسف رحمه الله فى الامالى وهو قول الشافعى يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه

بخلاف ماإذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول أبي يوسف في جوازه فانه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود (ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما)

(فصل آخر) قال في النهاية قد ذكرنا أن كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر

بخلاف ماإذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

(فصل آخر)

يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ماإذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكأن الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منا أنه أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناهما الخ والله أعلم واعلم أنك ربما اطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب مناوهو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلبا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي *(فرع)* هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا حل هنالك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال يجحدني الاستيفاء أو الابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط *(فصل آخر)*

قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما فيبطل بالموت فأما اذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية (قوله بخلاف ما لو كتب ابتداء) أي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلى بالقضاء ولهما أن اعلام الكاتب والمكتوب اليه شرط ويحصل الاعلام بهذا والله أعلم *(فصل آخر)*

قال المصنف (بخلاف ماإذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اه *(فصل آخر)* (ويجوز

والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال (ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شئ الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقدم الوجه أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتها كذلك كما سيجئ وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) بعذر وبغيره (الا أن يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به) أي بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك (بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف لان أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته) بوقت يفوت الاداء بانقضائه (فكان الامر به من الخليفة اذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة

(ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها وقدمر الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء

(قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص) وقال الائمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف (وقدمر الوجه) يعني وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لان فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلا منهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه ألا ترى الى تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الا أن يفوض ذلك اليه) فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا (لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هنالك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما وبخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لانه ملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي ملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصي عن

(قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقدمر الوجه) وهو ما قال في أول الكتاب فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية (قوله ولا كذلك القضاء) لان القضاء غير موقت لا يفوت بتأخيره عند العذر والجمعة مؤقتة تفوت بتأخيرها عند العذر اذا لم يستخلف ومن ولاه لما أمره بذلك مع علمه انه يعترض له عارض يمنعه من أدائها في

وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وأرى أن الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أي ليس

(قوله والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية (قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف المأمور باقامة الجمعة) أقول قال في الكافي مطلقا اه أي مطلقا عن الاذن بالاستخلاف

القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها فى الوقت فقد رضى بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثانى بحضر من الاول أو قضى الثانى) عند غيبة الاول (فاجازه الاول جاز) اذا كان من أهل القضاء (كما فى الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول أو أجاز الاول جاز وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا للمسئلتين أما فى هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذى حضر القاضى أو أجازه قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما فى الوكالة فسيجىء فى كتاب الوكالة قيل الاذن فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء فلم اختلفا فى الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقيدا به (قوله واذا فوض اليه يملكه) أى اذا قال الخليفة للقاضى ول من

شئت كان له أن يولى غيره (فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان أمر اله بالتولية والعزل خلافه واذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمر اله بهما فكان له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليدا وعزلا كذا فى الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء

ولو قضى الثانى بحضر من الاول أو قضى الثانى فاجاز الاول جاز كما فى الوكالة وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح

المباشرة بنفسه والمودى قدمات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثانى بحضر من الاول أو قضى) بغيبته فبلغه (فاجازه جاز كما فى الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته أو بغيبته فأجازه نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فضولى ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه (واذا فوض اليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعى وأحمد

الوقت فقد صار راضيا باستخلافه (قوله أو قضى الثانى) أى بغيبة الاول فاجاز الاول كما فى الوكالة فان الوكيل اذا وكل غيره ولم يأذن له الموكل فى ذلك فعقد وكيله بحضرته أو بغير حضرته وأجاز الوكيل الاول جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد وجد فان قيل الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وانه لا يملك الاذن فى الابتداء فلماذا يملكه فى الانتهاء قلنا الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذ. اما حكم الذى أذن له القاضى فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وقت نفوذه فلهذا عملت اجازة القاضى فى الانتهاء ولم يعمل اذنه فى الابتداء واذا فوض اليه ذلك أى الاستخلاف بان قال له الخليفة وقال من شئت كان له أن يولى غيره ويصير الثانى نائبا عن الاصل أى الخليفة حتى لا يملك القاضى الاول عزله ولا ينعزل بموته الا أن يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله وانما يكون هكذا لان الخليفة انما رضى بتصرفه له ديانة وأمانة والناس يتفاوتون فى ذلك ولهذا قلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ما ذكرنا الوصى فانه يملك التفويض فى غيره توكيلا وايصاء لانا نقول ان أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى راضيا باستعانته من غيره ولا يلزم وكيل المضارب فى الشراء بمال المضاربة حيث ينعزل بموت المضارب ولا ينعزل وكيل الوكيل بموت الاول لان المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال نهيه عن التصرف فى مال المضاربة بعد ما صار مال

وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضيا باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور فى التقليد يجرى فيهما وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى فيكون توقع الفساد فى القضاء أكثر قال

(قوله وان الحكم الذى الخ) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الموصى له راضيا) أقول كى لا تفوت مصالحه (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذكور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذا لم يكن ذلك مكتوبا فى منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول يعنى قوله لانه قلده القضاء دون التقليد

قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمضاه الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضى بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أى المشهورة

كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثانى فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغى أو الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهد فيه أو يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفى بعض النسخ بان يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب ان يكون قولا بلا دليل وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احداهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا فى الذخيرة

(قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنها مستندة الى دليل

قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولا لا دليل عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

(قوله واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة) المشهورة (أو الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه) وفى بعض نسخ القدورى أو يكون قولا الخ (وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه) قالوا انما أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين ليستا فى القدورى احداهما تقييده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضى يرى غير ذلك فان القدورى لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه فى ذلك موافقا لحكم الاول أمضاه وان كان مخالفا له لا يمضيه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا يعنى بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذى حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثانى عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام فى القاضى الاول الذى ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم فى الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدورى يفيده أيضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم ينتظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما فى الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا الكتاب أو السنة يعنى المشهورة مثل البينة على المدعى واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره فى أقضية الجامع وفى بعض المواضع ينفذه طلقا ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثانى مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه يجاب بأنه مؤول بالمذبوح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف فى أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتناظرين بانه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على

المضاربة عرضا ولا كذلك الوكيل الاول (قوله الا أن يخالف الكتاب) كما اذا قضى قاض بشاهد ويمين فانه يخالف الكتاب لانه تعالى قال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك أدنى أن لا ترتابوا ولا مزيد على الادنى أو السنة أى المشهورة منها كالحكم بثبوت الحل بنفس العقد بدون الوطء فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعة لا حتى تذوقى من عسيلته ويذوق من عسيلتك أو الاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمدا فانه مخالف لما اتفقوا عليه فى الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف ولا اختلاف والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ لان الخلاف فيه محكى عن ابن عباس رضى الله عنهما وقد أنكرت عليه الصحابة رضى الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور عليه (قوله وفى الجامع الصغير) وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى

قوى من تلك الثلاثة أيضا قال فى الكافى بان يكون قولا لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اهـ فتامل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خبير بانه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه أو لا فانه أعم من كونه عالما نعم ربما يفيد كون الثانى عالما

الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولا ولذا نمنع نحن نفاذ القضاء فى بعض الاشياء ويجيزونه وبالعكس ولقد نقل الخلاف فى الحل عندنا أيضا وان كان كثير لم يحكوا الخلاف ففى الخلاصة فى رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضى قال وأما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند أبى يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمعى أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضى الله عنهما فى جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعنى انه لا يعتبر فى انعقاد الاجماع بل لا يعتبر فى جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء فى محل مجتهد فيه أصلا اذ ما من محل اجتهاد الا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوى الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم نخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد فى مقابلة قول الباقين ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولا والذى صححه شمس الائمة واختاره أن الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه قال واليه أشار أبو بكر الرازى لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف فى الصدر الاول يعنى أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضى أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى فى هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفى النوازل عن أبى يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن أبى يوسف وقال شمس الائمة السرخسى هذه المسئلة تنبنى على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يرفع يعنى اختلفت الصحابة فى جواز بيعهن فعلى على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضى به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثانى وعندهما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع فى محل الاجتهاد فلا ينقضه الثانى ولكن قال القاضى أبو زيد فى التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ماهنا من تشعب الاختلاف فى الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف فى الصدر الاول فى كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضى أن يبطل ما قضى به القاضى المالكى والشافعى برأيه يعنى انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعى وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعى فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضى أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا وأبا حنيفة والشافعى مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى فى أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما فى الذخيرة عن الحلوانى أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفى حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغى أن ينفذ لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر فى المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضى اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفى حكمه

غير ذلك أمضاه وفائدة رواية الجامع الصغير ان الذى قضى به القاضى مختلف فيه بين الفقهاء والقاضى

وكذا

والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى أن الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا فانه اذا نفذ وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى ورواية القدورى ساكتة عن الفائدتين جميعا

بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتامل (قوله ورواية القدورى الخ) أقول عبارة القدورى أعم تتناول ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وليس فى عبارة الجامع الا التنصيص على ما اذا كان مخالفا ونعلم حال الموافقة بالاولوية كما ذكره الا انه لا يثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدورى فتدبر

وكذا لو قضى فى حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه فى مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل فى موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت فى المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع فى ابطال شهادة النساء فى هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فان مالكا وعثمان البتى يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعى النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعى ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا باس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضى بالقصاص بحلف المدعى أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهرا فى حديث محيصة وحويصة نذكره فى القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثانى بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضا وهو حديث العسيلة وفى السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت فى ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفى الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثانى اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهى فى العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو أيضا مذهب زفر ولو قضى فى المأذون فى نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعى يصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها فى القصاص لا ينفذ ولو زنى بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى فى الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبى يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم فى الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة فى رقيق أعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند أبى يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقدا موقتا بلفظ المتعة نحو متعينى بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضى الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا فى القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان فى نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثانى هو الذى وقع فى مجتهد فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف فى القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يمضيه الثانى نقضه لانه ليس قضاء فى مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضى الثانى مخير بين أن يجيزه أو يرده لان الخلاف وقع فى نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود والاعمى وأما قضاء السلطان فى أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ يحتاج فى نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل فى مسئلة الحجر فى صحة نقض الثانى أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ

الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك امضاه ولم تكن هذه الفائدة فى رواية القدورى قلهذا جمع بين الروايتين هذا دأبه فى أمثاله

(والاصل) فى تنفيذ القاضى ما يرفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول) فى ان كلا منهما يحتمل الخطا (وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل أن يقول القضاء فى المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله ويمكن أن يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثانى ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع اذ الشئ المساوى للشئ فى القوة (٣٩٦) لا يرفع ما يساويه فيهما مع شئ آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضى الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضى الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقى عمر رضى الله عنه أحد الخصمين فقال ان زيدا قضى على يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لى فقال عمر لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ) وهو دليل النسيان أيضا بطريق الاولى (أنه ليس بخطا بيقين)

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطا بيقين

قضاء الثانى باطلاقه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيه أن القاضى الثانى ينفذ خلاف رأيه فى المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثانى فى البطلان كاجتهاد الاول فى الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثانى باجتهاده دونه (قوله ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه النفاذ أنه ليس بخطا بيقين) لان رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء فى محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه الى جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه أخذ شمس الائمة الاوزجندى وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الارسال الى شافعى ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضى المرسل يرى بطلانه كالشافعى والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لرأى الخلفاء انتهى وأوكد الامور فى هذا حكم شريح بما يخالف رأى على كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم فى رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبل صح عن عمر رضى الله عنه انه قلد أبا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأى مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضى المرسل يقطع بان ما يفعله القاضى المرسل اليه مامور به من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله

(قوله والاصل أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره) فقد صح عن عمر رضى الله عنه انه لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء رضى الله عنه فاختصم اليه رجلان فى شئ فقضى لاحدهما ثم لقى عمر رضى الله عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس هنا نص والرأى مشترك وروى عن عمر رضى الله عنه انه قضى فى حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له فى ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولان الاجتهاد الثانى كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينتقض باجتهاد لم يتايد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيانته ومن صيانته أن لا ينتقض ولا يعترض عليه فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل فى حقه بزعمه وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لانه قضى بما هو خطا

(قوله لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب الغير انه خطا يحتمل الصواب ومذهبنا صواب يحتمل الخطا فلا يكون الثانى كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزيلعى وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة قال المصنف (وان كان عامدا ففيه روايتان) وعندهما أقول قال النسفى فى الكافى وفى الصغرى اذا قضى فى محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبى حنيفة وعليه الفتوى اهـ قال ابن الهمام الوجه فى هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل ثم قال وأما الناسى فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله فى القاضى المجتهد وأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اهـ (قوله بطريق الاولى) أقول وجه الاولوية أن التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان

لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات ووجه عدمه أنه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ فى الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف (وعليه الفتوى) قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكر أن حكم الحاكم فى محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثانى نفذه كما مر فان نقضه (٣٩٧) فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثانى لان الاول كان فى محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثانى مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذى لم يختلف السلف فى تاويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته التى وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أى جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف) فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغى أن يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس فى جواز ربا الفضل

وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس

الثابت فى نفس الامر لكن القطع بان المكلف به منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لان يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه فى ذلك مع علمه ان الله جوز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به أو حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل أنه المرجح عنده هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا ينفذ فى الوجهين) يعنى وجه النسيان والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبى حنيفة جوابه بيسير تامل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر فى الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبى حنيفة فقد اختلفت الفتوى والوجه فى هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل وأما الناسى فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله فى القاضى المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفى بعض المواضع ذكر الخلاف فى حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز أن القاضى مامور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مامور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الا قضاؤه بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تتمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ فى كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبى يوسف يحتاج وعند محمد لا وفى المنتقى ذكر أن عند أبى حنيفة يحتاج وعند أبى يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة أن لا يحتاج فى كل امرأة أن يقضى القاضى عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها فى حق تلك المرأة وسنذكر فى أمر الفتوى فيها كلاما آخر فى باب

عنده وعليه الفتوى وفى الصغرى اذا قضى فى محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبى حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفى الفصول محالا الى المحيط والذخيرة واذا قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوز وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب (قوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف لا اختلاف) يقال جمهور الناس أى جلهم وأكثرهم يعنى أن الاجماع ينعقد باجتماع أكثر أهل الاجماع على حكم وان كان الاقل منهم يخالفهم لان العبرة للاكثر هذا بظاهره يخالف ما ذكره فى

فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضى الله عنهما فى اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفى اعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يعمل على قول من يرى أن خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول) معناه أن الاختلاف الذى يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذى كان بين الصحابة والتابعين لا الذى يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعى أو المالكى برأيه بما يخالف رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم يره ذلك كان له أن ينقضه

قال (وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الاملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وأنكرت فاقام عليها شاهدى زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وأنكر ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشترى مثل أن قال بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشترى وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه أو بالبيع بثمن قيمة الجارية أو باقل مما يتغابن فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش

باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا قضى باحلال

التحكيم (قوله وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام ان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا اذا قضى باحلال) يكون حلالا عند الله

نسخ أصول الفقه أن الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا الحال لم ينعقد اجماع من سواه أجماعا فكذا اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لدليله لا لحياته ولا بموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على أن الاجماع لا ينعقد اذا كان المخالف حيا وان كان واحدا وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في أصول الفقه وكان الكرخي رحمه الله يقول شرط الاجماع أن يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع أكثرهم على شئ وخالفهم واحد او اثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله أيضا لان النبي عليه السلام قال أصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم قلنا فلا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ أصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكور هنا ووجهه أن المذكور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالف الاجتهاد ولم ينكروا عليه والمذكور هنا فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه ويؤيد ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في أصول الفقه والاصح عندي ما أشار اليه أبو بكر الرازي رحمه الله أن الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضوان الله عليهم في زوج وأبوين وامرأة وأبوين بان للام ثلث جميع المال وان لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التفاضل في أموال الربا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روى انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) فقال في الذخيرة انما اعتبر الخصاف رحمه الله الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم من بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف ألا ترى أن القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف رأيه فانه ينفذ قضاءه ولا يبطله وليس طريق نفاذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه وانما طريقه أن القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ وانه وان ورد في باب المداينة الا أن العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود نفذ قضاؤه لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي كانا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا يشترط الشهادة (قوله وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهي في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) فمن صور التحريم ما اذا ادعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شهود زور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول رحمهما الله لا يحل للزوج الاول وطؤها

لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدى زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدى زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أولم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أولم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منشأ) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لانه تبرع) أقول أي من وجه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (اذا كانت الدعوى بسبب معين) للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعى وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحده ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بان ادعى على رجل أنه باعها منه أو انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا أقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فاقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلما وأقام بينة انهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود أو تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا

ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني أحد الشاهدين أولم يعلم بحقيقة الحال بان كان الزوج الثاني أجنبيا وأما على قول أبي يوسف الآخر وقول محمد رحمهما الله لا يحل للثاني وطؤها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطؤها وهل يحل للاول وطؤها على قول أبي يوسف الآخر قيل لا مع انه لم تقع الفرقة عنده باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول أبي يوسف الآخر يحل للاول وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني الآن لا يحل للاول وطؤها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أولم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد وأقام عليها شاهدى زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في قوله الاول وعند محمد وأبي يوسف في قوله الآخر لا يحل لهما ذلك وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ويعني بالنفاذ ظاهرا أن يسلم المرأة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى لهما ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء بها ظاهرا لا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا فصار كما لو كان الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين في قذف والمشهود له يعلم حالهم والقاضي لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهرا لا باطنا وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغير أو معتدة الغير بشهود الزور فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا اجماعا وله أن القضاء اظهار لعقد سابق ولا بد من عقد سابق فيها والا تقدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لتنقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما لا قطعا فان قيل لو كان قضاؤه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليشترط الشهود عند قوله قضيت قلنا قد قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده بقوله قضيت الا بمحضر الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عني على ألف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين في قذف لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم تصر شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر حجة ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبنى الامر على كون الشهود صدقة عنده (قوله اذا كانت الدعوى بسبب معين) بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل أو ادعى على امرأة نكاحا أما اذا ادعى ملكا مطلقا بان

قال (ولا يقضى القاضى على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعى ان غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر فى البلد جاز والا لا يصح فى الاصح لان فى الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة وهى البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضى العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل

الا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بعد الانكار ولم يوجد فان قال قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت أجيب بان الشرع أنزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت ان كان عليه دين أو رفعا الظلمة ان أراد بسكوته توقيف حال المدعى عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل فى اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعى صادق ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه أيضا وان قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتى له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم

قال (ولا يقضى القاضى على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعى رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهى البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد

الفرع مع أبى حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا فى الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه فى الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابى حنيفة أنه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبأمر الله أولى والقاضى مامور بذلك منه جل وعلا وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وان كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفى الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضى بانها ثلاثا أخذ بقول على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضى عند محمد وعند أبى يوسف يتبع رأى القاضى ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع أشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فما أفتاه به المفتى صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندى قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضى على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعى يجوز) اذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك وأحمد وان كان فى البلد غير مختف فله قولان أصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان فى المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفى غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلى حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبى داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفى فى الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطا لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل

ادعى جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب وأقام على ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطؤها بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب أولى من البعض لتزاحمها اذ الملك يثبت تارة بالشراء وأخرى بالارث وغيره فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا بلا سبب ليس فى وسع العباد وفى

غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع فى ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن فى الشهود ويثبته او يسلم الدعوى ويدعى الاداء ويثبته او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد ولانه

(قوله قلنا اذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تامل ثم الظاهر أن يقال اذا كان بدل قوله اذا كانت (قوله وبانه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه مع المدعى الى القاضى الكاتب اذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز ان يتنازع ان ويشتبه فى وجه القضاء واعمل الثانى ومعناه ان الشأن يحتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر فى الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم فى أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا وبحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب أجبناه عن الحديث الاول بانه يدل على أن من ادعى شيأ فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعى اقامة البينة

ليس بمحل النزاع وانما النزاع فى أن القاضى هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا وليس فيه ما يدل على نفى أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلى حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذى وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بانه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبى سفيان ألا ترى أنها لم تقم البينة (قوله لو انكر ثم غاب فكذلك) يعنى لا يقضى القاضى فى غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبى يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا

فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا لانه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقر أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا فيطعن فى البينة ويثبته أو لا يطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ فى حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية

النكاح أو الشراء يقدم النكاح أو الشراء اقتضاء تصحيحا للقضاء وللقاضى ولاية على أن يملكه بذلك السبب فى الجملة فينفذ قضاؤه باطنا وفى الهبة والصدقة روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله وفيما اذا ادعى شراء الجارية باقل من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطنا لان فيه تبرعا بمقدار الغبن وقال بعضهم ينفذ باطنا عنده كما فى سائر المبادلات (قوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء) فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينة مع أن سكوته محتمل للاقرار قلنا لان القاضى يجعل سكوته عن اليمين اقرارا او بذلا للحق (قوله لان احكامهما مختلفة) أى احكام القضاء مع البينة عند الانكار وأحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة وعلى الاصيل لا على الاقتصار فى الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بيانه رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله ومن يقوم مقامه) أى قوله فى

انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سياتى (وفيه خلاف أبى يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بان الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر أو القاضى كما اذا أقام وصيا من جهته والثانى اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشان) اقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الا ان يراد بضمير الشان ما هو المصطلح (قوله ويجوز ان يتنازع ان ويشتبه الخ) اقول واتى بضميره فى الاول والاضمار قبل الذكر جائز فى باب التنازع الا ان جواز تنازع الحرف والفعل فى اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) اقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف ابى يوسف الخ) اقول وفيه تامل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) اقول كأنه يشير الى ان المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه اى وقيام من يقوم

أوشرطا لحقه فان كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فاقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لامحالة أوشيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليهما عبدا فلان الغائب فاقام المشهود له بينة أن فلانا الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيآن المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لامحالة لان ولاية الشهادة لاتنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شئ واحد في الاول أو كشئ واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسببية وأما أن يكون المدعى شيأ واحدا أوشيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشئ اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلنى أن أحملك اليه فقالت انه كان قد طلقنى ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها الا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد

بانابته كالوكيل أو بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى

فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها و بالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وماذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبى حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبى يوسف فانه قال يحكم به الان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفى نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول أبى حنيفة لان فى البينة للمدعى عليه حق الطعن فى البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن فى اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقا له وكان أبو يوسف يقول أولا لا يقضى بالبينة والاقرار على الغائب جميعا ثم رجع لما ابتلى بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس فاذا علمنا أنه لابد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى وقد يكون حكما يعنى شخصا يقوم مقامه حكما أى يكون قيامه عنه حكما لامر لازم له واقتصر المصنف عليها نفيا للمسخر من جهة القاضى فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذى ينصبه القاضى ليسمع عليه الدعوى وكذا لو أحضر المدعى رجلا غير خصمه ليسمع القاضى الخصومة والقاضى يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضى الوكيل عن خصم اختفى فى بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناءه الى باب داره فينادى على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا يحكم عليك أما فى غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد فى الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعنى على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضى أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين فى فتاواه أن فى نفاذ قضاء القاضى على الغائب روايتين ذكر شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفى مفقود خواهر زاده لا ينبغى للقاضى أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغى للقاضى أن يقضى على الغائب الا أن مع هذا لو وكل وكيلا وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذى يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود فى قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة فى الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين فى يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضى لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهى عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر

أول المسئلة الا أن يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه أن يكون بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى وفى المسخر من جهة القاضى اختلاف الروايتين وفى الذخيرة اذا نصب القاضى مسخرا عن الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضى أن ينصب القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جزاء فان كان فى قوله فان كان سببا لازما الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخمينا

يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف عليه أن فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندى أن البينة تقبل و يجعل الحاضر خصما عن الغائب كما فى السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو فى الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضى وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضى لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره فى الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكأنه اختاره

وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا فى غير صورة فى الكتب أما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه فى الجامع

الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضى ولم أجدها ثمة وأما الثالث فاذا كان ما يدعيه على الغائب شيأ لامحالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو فى غير صورة فى الكتب بخلاف ما اذا كان) ما يدعيه على الغائب (شرطا لحقه) لا سببا لامحالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به فى جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه فى الجامع) مثال السبب الملزوم لامحالة فى ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد احداها ادعى دارا فى يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فاقام البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها فى حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لامحالة للملك والثانية ادعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فاقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة فى دار فى يد انسان فقال ذو اليد الدار دارى ما اشتريتها من أحد فاقام المدعى البينة أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء فى حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشيئين احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبيد وقال المدعى المقذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الاحرار والمولى غائب فاقام البينة على ذلك تقبل هذه

(قوله حكما) أى من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر أى سببا لامحالة كما اذا ادعى دارا فى يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وأنكر ذو اليد وقال الدار دارى وأقام المدعى بينة على دعواه قبلت بينته و يكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب و ينتصب الحاضر خصما عن الغائب لان ما يدعى على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب له لامحالة وكما اذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه وأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق فاقام المدعى عليه البينة انه ذاب له على فلان ألف درهم فانه يقضى بها فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره وكما اذا ادعى الشفعة فى دار انسان وقال ذو اليد الدار دارى ما اشتريتها من أحد فاقام المدعى البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضى بالشراء فى حق ذى اليد والغائب جميعا أما اذا لم يكن سببا لامحالة لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلنى أن أحملك اليه فقالت المرأة انه كان طلقنى ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها فى قصر يد الوكيل عنها الا فى حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج الى اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لامحالة فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا انه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالطلاق والعتاق عملا بهما (قوله أما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر فى جعله خصما عن الغائب) هذا قول عامة المشايخ فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام على البزدوى وشمس الاسلام محمود الاوزجندى رحمهما الله فللشرط اعتبار أيضا كالسبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضا وصورته

قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التشبيه تدل على خلاف ما ذكره

البينة و يقضى بالعتق فى حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيئان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له البينة أن مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق فى حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فاقام المدعى البينة على ذلك تقبل و يقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند أبى حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع أن اعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بان عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لان الساكت اذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولا فلم يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضا شيئين وقد يكون واحدا وبيانه فى مسئلتين احداهما قال لعبد رجل مولاك وكلنى بحملك اليه فاقام العبد البينة أن مولاه أعتقه تقبل فى حق قصر يد الحاضر ولا تقبل فى حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلنى زوجك بحملك اليه فاقامت بينة أنه طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادتها أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر فى الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر فى قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا أن ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه فى مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشترى على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشترى و يريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فاقام المشترى على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب لان المدعى شيآن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى على الغائب ليس سببا لما يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها فان أقام البينة على البقاء بان شهدوا على انها امرأته للحال لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشترى شراء فاسدا اذا أراد البائع الاسترداد فاقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع فى الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع فى الاسترداد واذا لم يكن خصما فى اثبات نفس البيع لم يكن خصما فى اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل فى يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشترى له الدار التى بيدك ليست لك انما هى لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب لان المدعى شيآن والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس

رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب وأقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة هذا اذا كان شرطا يتضرر به الغائب أما اذا كان شرطا لا يتضمن ضررا كما لو قال

قال

قال (و يقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لان فى الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى فى أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

سببا لثبوت حقه فى الشفعة ما لم يثبت لبقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصما عن الغائب و يقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس فى هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيها ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله و يقرض القاضى أموال اليتامى و يكتب ذكر الحق) وهو المسمى فى عرفنا الصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان فى الاقراض مصلحتهم) لان بقاءها على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفى القرض بقاؤها محفوظة على ذلك مضمونة (والقاضى يقدر على الاستخراج) فكان النظر فى الاقراض له بخلاف الوصى فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود أو لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفى الجثو بين يدى القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على الاعتبار (والاب كالوصى فى أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولاية من الوصى لانها فى المال والنفس كولاية القاضى و يزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض ممن يؤمن جحوده وعلى هذا قالوا لو أخذه الاب قرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار فى جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضى فانه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة أما لو أعسر المستقرض صار القاضى كغيره فى عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغى للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختل حال أحدهم يأخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا يقدر وكذا لو كان المستقرض معسرا فى الابتداء لا يجوز للقاضى اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضى بعلمه ولنفصلها عندنا وفى قول للشافعى أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبى حنيفة أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمدا أو حد قذف وأما اذا علم قبل القضاء فى حق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضى عنده و قال يقضى وفى التجريد جعل قول محمد مع أبى حنيفة ولو علم فى رستاق مصره عندهما يقضى واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وسواء كان مقلد الرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضى فى القرية والمفازة لا ينفذ عند أبى حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالى عن أبى يوسف أنه ينفذ قضاؤه فى السواد وهكذا فى النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض فى مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبى حنيفة

لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة أقامت البينة ان فلانا دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة و يحكم بوقوع الطلاق عليها (قوله و يقرض القاضى أموال اليتامى و يكتب ذكر الحق) وان أقرض الوصى ضمن والفرق ان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء اما انه قطع الملك عن العين ببدل فى ذمة المفلس

قال (و يقرض القاضى أموال اليتامى الخ) للقاضى أن يقرض أموال اليتامى و يكتب الصك لاجل تذكر الحق وهو الاقراض لان فى اقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضى لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه و بالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة و بالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى لجحود المستقرض أجاب بقوله والقاضى يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له و بالكتابة يحصل الحفظ و ينتفى النسيان بخلاف الوصى فانه ليس له أن يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته عن الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصى فى أصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابى وفى رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضى وشفقته تمنع من ترك النظر له والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده وان أخذه الاب قرضا لنفسه فالقراض يجوز وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك

(قوله و يكتب الصك لاجل تذكره الحق الخ) أقول فيه اشارة الى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا له ليكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف فى أواخر مسائل شتى

(باب التحكيم)

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز)

لا يقضى وعندهما يقضى وأما فى حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

(باب التحكيم)

هذا أيضا من فروع القضاء والمحكم أحط رتبة من القاضى فان القاضى يقضى فيما لا يقضى المحكم فأخره عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القضاء لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فما قال أبو شريح يا رسول الله ان قومى اذا اختلفوا فى شئ فأتونى فحكمت بينهم فرضى بى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائى وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمر وأبى بن كعب منازعة فى نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى فآتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر فى بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابى لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتنى فقال أبى نعفى أمير المؤمنين ونصدقه وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما فى هذه الخصومة التلبيس وانما هى لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفى الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روى ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا أمرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا أمرنا ان نصنع بأشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا فى حق نفسه وانه ينبغى أن من احتاج الى العلم يأتى الى العالم فى بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أتاكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبى صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعى له أن يستوفيها وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز

لان الاستقراض فى العادات ممن هو مفلس ولهذا احل محل الصدقة وزاد عليها فى الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة فى حق القاضى لان البدل مأمون التوى باعتبار علم القاضى ولتمكنه من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرعا فى حق الوصى أو الاب فى أصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد فربما يجحد المستقرض ولا يجد شهودا يوافقونه على أداء الشهادة ولو وجد فما كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفى الجثو بين يدى القاضى ذل وشنار فكان اضرارا بهم فلهذا لا يملكانه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضى فى رواية لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضى وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان أخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه قال ليس للاب أن يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاف فى أدب القاضى فقال ينبغى للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال اليتيم لو اختل أحد منهم أخذ المال من يده لان القاضى وان كان له استرداد المال شرعا لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر ألا ترى انه لو كان المستقرض معسرا فى الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس أيضا

(باب التحكيم)

(قوله واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين

(باب التحكيم)

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان المحكم أدنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضى وهو مشروع بالكتاب والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز

(باب التحكيم)

(قوله وعموم ولاية القاضى) أقول المراد بعموم ولاية القاضى هو تعدى الحكم الصادر عنه الى غير المتخاصمين كما فى صورة القتل خطأ وامثاله لانه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فانه قد يفوض اليه الحكم فى قضية واحدة بين الشخصين المعينين كما لا يخفى الا انه يمكن ان يقال لا يطلق اسم القاضى لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

لان

لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما فى حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبى يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان فى القضاء دون التحكيم عنده وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترطله أهلية القضاء (فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز لانه من أهل الشهادة فيما بينهم وتراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمى ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود فى القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتى والفاسق والصبى لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر فى أول أدب القاضى أن الفاسق لا ينبغى أن يقلد القضاء ولو قلد جاز (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) لا تفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا)

لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى والمحدود فى القذف والفاسق والصبى لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما

لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما) وسنذكر لهذا تخصيصات أولها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى) الا أن يحكمه ذميان لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود فى القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعنى قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلو حكماه فى عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه الا أن يتراضى البائع الاول والثانى والمشترى على تحكيمه فحينئذ يرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشترى منه فى العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم فى التحكيم ففى لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق أو صبيا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما فى المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات فى قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز فى بعضها دون بعض وفى المغنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وتحكيم الذمى ذميا ليحكم بينه وبين ذمى يجوز لما ذكرنا (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) اذ هما اوليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضى قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقطالانه لا يكون دون الصلح

لاختيار المقام أو لاختيار الفرقة والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع) فان قيل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغى أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا اذا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفى المحيط يشترط أن يكون الحكم أهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا حتى انه اذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبدا فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الاقضية والشيخ الامام شيخ الاسلام فى شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلته فى فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة فى فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبى ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر فى باب الجمعة من صلاة المنتقى رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشتراط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور فى النهاية ومعراج الدراية أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول فى المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبى المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفى شرح الكافى المغنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وقال فى النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هنالك انتهى فلا مخالفة كما توهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى الخ) أقوله

لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما وأما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما أيضا فان قيل اخراج أحدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهبه امضاه لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض أتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص (٤٠٨) الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو

(واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر

وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه القاضي لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف المولين له انما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما اياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا وهذا يبين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم أبطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح أدب الخصاف من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندرآن بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما الا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر

لم يرض أحدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه (قوله وان خالفه أبطله) لان لهما ولاية على أنفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفعا اليه فلا يبطل رأيه بحكم الحكم (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لان حكم الحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فهما يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز (قوله تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز

المتعين لاستيفائها وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الائمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا

(وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسئلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا أن الامام الاستاذ أبا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا

المراد بالكافر ما عدا الذمي بقرينة المقابلة (قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما الخ) أقول كالبيع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه) أقول فعلى هذا حكم المحكم بلزوم الوقف على مذهبهما في ديارنا يمضيه الحاكم الحنفي بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكماه في دم خطأ لا ينفذ الا في صورة لانه اما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى (٤٠٩) (قوله الا اذا ثبت) استثناء من

المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (وان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه) لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم (ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة) لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا (الا اذا ثبت القتل باقراره) لان العاقلة لا تعقله (ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع (ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود

المجتهدات وهو صحيح) وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنايات وقطع يد عمدا ببينة عادلة جائز اذا وافق رأي القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناطفي عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف بانهما لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل للآخر قتله لا يدفعه وهذا لان المقضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر أعني الطالب تبع فيكون أحدهما وهو الذي تحكيمه ليس الاقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روي عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أولا فقيها فأفتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز وكذا لو حكما بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (يرده ويقضي) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه مخالف لرأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره)

التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات فانها رواجع والطلاق المضاف وهو الصحيح الا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ومخالف للنص) وهو حديث حمل بن مالك أن النبي عليه السلام قال للاولياء قوموا فدوه (قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين) يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك وأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هنا الا أن يخرجه من الحكم أو يعزله عنه قبل أن يقول قد حكمت عليك ثم قال

قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله وأما أروش الجراحات فان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز أن يسمع البينة) يعني أنه لما صار حكما عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك

(قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتقييد بالاقرار والنكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الالزام والحكم أيضا

(اذا كانا على تحكيمهما) فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم) مثل أن يقول الحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا (٤١٠) ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج الى الرأي) فلو حكم أحدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

(مسائل شتى من كتاب القضاء) مسائل شتى أي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه لجدير بالتاخير

وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

الحكم بعد ذلك لم يصدق

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

قال

فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعني الحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه أن يكون أقر أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لابويه وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لانتفائها (قوله ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم أمر يحتاج فيه الى الرأي) وانما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعي الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما حملاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا أو حرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بان يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو أمر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فاجازاه جاز وليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز القاضي لم يجز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب

(مسائل منثورة من كتاب القضاء)

(مسائل شتى من كتاب القاضي) (قوله مسائل شتى أي متفرقة من شتت تشتيتا) أقول بل من شت يشت شتا وشتاتا وشتيتا اذا فرق وافترق

لا محالة (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا أن ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن أبا حنيفة انما منع ما منع اذا كان مضرا وأما اذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه لان (٤١١) التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسير له وانما (الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق) فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق (و) انما تظهر ثمرة الخلاف (اذا أشكل) فعندهما (لم يجز المنع) لان الاطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك (والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر (والاطلاق بعارض) وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل (فاذا أشكل لا يزول المنع) لما ذكرنا (قوله على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه) استظهار على المنع لافادة ما قبله ذلك

قال (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا أشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

(قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو (وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتدا يتده من باب ضرب به (قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لان (الاصل) فيه (الاباحة له لانه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع) لان اليقين لا يزال بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه (وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضا اذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أو لا لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار انه اذا أشكل لا يملكه واذا لم يضر يملك وذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه

(قوله ان بنى على علوه) يعني زيادة على ما كان (قوله قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني ان أبا حنيفة رحمه الله انما منع صاحب السفل عن أن يتد فيه وتدا وان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو متضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه (قوله تعلق به حق محترم) أي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا لان بالمنع تفوت المنفعة دون العين وبالاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جميعا فكان ضرر الاطلاق راجحا (قوله على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو) اشارة الى أن القياس قول أبي حنيفة رحمه الله فوجب منعه

(قوله وانما تظهر ثمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله اذا أشكل) أقول كهذه الاشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق ألا يرى أن المراد اشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيها على أن العدم أمر لا ثبوت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم ليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى) لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة

تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا أصل كلى كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لانه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكرى الآخر أو سفينة تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فاصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ماذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة ليبنى في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار لجار بن سطح احداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب السفل أن يرفع سطحه ويبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلى وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر ان كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبنى حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه ان لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلي لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء ان أراده الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس لاحد من (أهل الزائغة الاولى) اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة

(قوله واذا كانت زائغة مستطيلة ينشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة) أى الزائغة الثانية المنشعبة ولا

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة

ليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا الا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بخلاف

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا لو فتح كوة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائغة المنشعبة وهذه صورتها

والذى يمكنه أن يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التى في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الزائغة الاولى في المرور في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف أهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب شاهد لنفسه بدعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذى معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذى نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره

فرق في الاولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة في أن لا حق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلاهل الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله سكة طويلة غير نافذة في أسفلها من جانب اليمين أو الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من أهل السكة أن يفتح بابا على جدار له من الزقيقة لانه لا حق له فيها (قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصوى) بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الشركة في الطريق في تلك الزائغة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه

الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرأيتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به أى بذلك على أحد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أى موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة

(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة فنفى اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الاشارة بلفظ ذلك الى المثنى والجمع صحيحة تأويل ماذكر

للمشترى أن يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاءها عنـد البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سـقيفة للمشترى أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن لرجل حائطا وجهه فى دار رجل فاراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه فى داره فاراد أن يدخل ليبل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أوله مجرى ماء فى داره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل ما له أو تفعل بمالك كذا روى عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وفى وقف النوازل دار مشـتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضؤا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهـم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر أن يسـويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن فى الطريق لا يضمن نقصان الحفر وفى أول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجـل أصاب ساحة فى القسمة فاراد أن يبنيها أو يرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسـد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا وان كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء فى علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى فى ملكه ما يستر مهمه ولو اتخذ بئرا فى ملكه أو كرياسا أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هـذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكى عن أبى حنيفة أن رجلا شكا اليـه من بئر حفرها جاره فى داره فقال احفر فى دارك بقرب تلك البئـر بالوعة ففعل فنجست البئـر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هـذه الحيلة وبذلك كان يفتى الشيخ الامام ظهـير الدين المرغينانى وفى مضاربة النوازل لو اتخـذ داره حظيرة للغنم والجيران يتاذون من نتن السرقين ولا يامنون على الرعاة ليس لهم فى الحكم منعه وبه قال الشافعى وأحمد ولو حفر فى داره بئرا فنز منها حائط جاره ليس له منعه قال فى فصول العمادى نقلا عن الذخيرة بعد ان نقل عن نصـير بن يحيى أن للقاضى منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يسـتظل بها جاره فاراد قطعها لا يمنع من ذلك وان تضرر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية فى مسئلة لا رواية لها فى الكتب وصورتها بالفارسـية فى الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربيـة بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد أحدهـما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال فى الفتاوى الصغرى ان كانا فى القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال فى الخلاصة فلو أقام أحدهما البينة على أنه قديم والآخر على أنه محدث فبينة القـديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة فى هـذا قال فى الذخيرة ينبغى أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سـقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهـى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان فى هذه المسئلة وهى مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفى مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهـى وأما قوله صلى الله عليه وسـلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحـدود ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قـد يتحبس فى خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهـم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما أن ينالهم من التضرر بقطع الشجرة المملـوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى الى هـدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفى الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار اذا كانت مجاورة للدور فاراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل وأجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من

قال

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار) وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى

ذلك والحاصـل أن القياس فى جنس هـذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغـيره لكن يترك القياس فى موضـع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقـدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصـدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الاصـلية كسـد الضوء بالكلية على ما ذكر فى الفرق المتقـدم واختار والفتوى عليـه وأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنـه ما ذكر أبو الليث فى فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره متساويان فاخـذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنعـه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره فى دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال فى فصول العـمادى وعلى قياس المسئلة المتقـدمة وهى أن لا يمنع صاحب الساحـة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغى أن يقال فى هـذه ليس للجار حق المنع من الصـعود وان كان بصره يقع فى دار جاره ألا ترى أن محمدا رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحـة حـق منع صاحب البناء عن فتح الكوة فى عـلوه مع أن بصره يقع فى الساحـة والمراد من قوله باخـذ جاره ببناء السـترة أن يشاركه فى بنائها الا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات فى كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال أحدهـما نبنى حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابتـه وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضى أن يامرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفـعله القاضى للمصلحة ونظيرها فى فتاوى أبى الليث رجـل فى داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضى منه اذا رآه قال فى الذخيرة وعلى قياس مسـئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد فى واقعاته حيث قال المختار ان المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يسـتروا أنفسهم لان هـذا جمع بين الحقين (قوله ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى)

(قوله ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحـه منها فهو جائز) ذكر فى بعض شروح الجامع الصـغير انما يصح الصلح اذا كان المـدعى معـلوما بان ادعى مثـلا ثلثا أو ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبـين أن المـدعى ثلث أو ربـع أو نحـو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتـداء انما يكون اذا توجهت اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فـلا يكون الصلح افتـداء فان ادعى حقا فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب اليـد بالحق فيها حتى تصح الدعوى هكذا قيـل ألا ترى انه لو ادعى على انسان شيأ لا تصح الدعوى ولو ادعى عليـه انه اقر له بشئ تصح الدعوى لجهالة المـدعى فى الاول دون الثانى وقال بعضهم يصح الصلح وان لم يبين مقـدار ما يدعى لان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا المعنى يمكن تحقيقه فى الدعوى الفاسـدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعى يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيتحقق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امرأة وهى تنكر فصالحته على مال جاز بالاتفاق وان لم يستحلف عنـد

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر ان له فيها حقا وأنكر ذو اليـد ثم صالح منها جاز الصلح وهى مسئلة الصلح على الانكار وسيأتى الكلام فيه فى الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلوميته مقداره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على انسان شيئا لم تصح دعواه أجاب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط والجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة والمانع منها ما أفضى اليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا فان كان الثانى صح دعوى من ادعى عـلى انسان شيأ لكنها لم تصح ذكره فى النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيـه لجهالة المـدعى لكنـه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيـه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطـع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطـل كما يتحقق بالحـق غاية ما فى الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسـدة لا يترتب عليها شئ ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعى فلا يكون رده

(قوله فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسائر العقود فيفسد الصلح أيضا ويجاب بان المفسـدة هى الجهالة المفضية الى النزاع وهـذه ليست كذلك لانها جهالة فى الساقط وأما عـلى تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئـذ هو ما أجيب به عن السؤال الثانى كما يظهر بالتامل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفتدى بالصلح على ما سيجىء (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لافتـداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية فى الهامش

مفيدا قال (ومن ادعى دارا في يد رجل الخ) اذا ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له منذ شهر مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان المدعى ان ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها منه والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهاده مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي دعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله أي قبل عقد الهبة أو وقتها وفي بعضها قبلها أي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد مناقضا وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة وأجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا (ومن

والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته) لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها

ونقل في النهاية عن بعضهم انه أراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول أبي حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مال دفعته اليه جاز مع أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت) يعني ذكر وقتا معينا كقوله منذ شهر وسلمها لي فملكتها وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها الي فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشتريتها منه وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذي وفقه (ولو ادعى الهبة) يعني وأرخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها) توفيقا (لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ) كانه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها) أي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكرنا تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا أمكن التوفيق وان لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم تزك أو لم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة انها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب أولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام

أبي حنيفة رحمه الله (قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه وأقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل) لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة) لانه قال جحدني الهبة فاشتريتها منه والفاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله هذا هو التناقض

(قوله ان ثبت موجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعيا على وفقها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الادعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل

قال (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية الخ) رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكره ان أجمع على ترك الخصومة أي عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه أي حل له أن يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل بمجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضا البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني

(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) لان المشتري لما جحده كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع

عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرطا في رواية وليس شرطا في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا الا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لانه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم أجيب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) وجهين أحدهما (أن المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا) معا حيث ينفسخ قطعا فان عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها أو نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوما بكذا الى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة

بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق يريد به لو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا له بالشراء بعد الهبة تقبل لوضوح التوفيق لانه يمكنه أن يقول وهب منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ أسبوع وهذه المسئلة تدل على أن التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا أمكن فلا كذا ذكر في الاقضية وذكر في رواية أن التوفيق من المدعى شرط وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق من غير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضا لانه وان كانت الشهادة موافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرارا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يتمكن من اثبات الدار بالبينة وأما دعواه الشراء بعد ذلك يقرر اقراره بالملك في ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي أن لا تقبل بينته في هذا الوجه أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة فقد فسخها اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح (قوله وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهيه والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركنا

يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر انه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز باستبدالا

وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا أنه لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا أو نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق

فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه أنكر قبض حقه

لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وبني في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع لمشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشترى الثاني البيع فخاصمه المشترى الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم المشترى الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول وأراد رده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشترى على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني برده أو قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني. وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) هذه مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أما مسائل القبض ما اذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعني أقر انه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو

الى آخره) جواب شبهة وهي أن يقال كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شئ من العقود لا يثبت بمجرد العزم ألا ترى أن من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب أن العزم قد اقترن بفعله وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه كالاستخدام ألا ترى ان من قال الآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا الترکبها الى مكان كذا فاخذها المستأجر وذهب بها أو ركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا وذكر في المحيط وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية (قوله فيستبد بفسخه) وفي الفوائد هذا فسخ من الاصل لكونه مضطرا الى هذا الفسخ ويبتني عليه مسئلة ذكرها في بيوع الجامع وهي أن الرجل لو اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشترى الآخر البيع فخاصمه المشترى الاول الى القاضي ولم يكن له بينة فعزم المشترى الاول على ترك الخصومة ثم وجد به عيبا كان عند البائع الاول فاراد رده عليه فاحتج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فالقاضي يرده عليه وهذا اذا عزم المشترى الاول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني أما اذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له أن يخاصم بائعه في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لجواز انه متى حلفه نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح واستحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج بزوج آخر لان النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع (قوله ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق) أي وصل أم فصل وفي بعض النسخ أي نسخ الجامع الصغير اقتضى مكان قبض (قوله ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز) وانما عينهما لان استبدال الشئ بمقابلة الدراهم لا يجوز

بخلاف

مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زيوف) أقول أي المقبوض زيوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فانه اذا صدق في قوله مفصولا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الاولى (قوله لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياد

فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشترى الذي أنكر قبض حقه لان المشترى أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان على ألف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان على مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا (قوله وفي الستوقة لا يصدق) يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه

قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة أولى وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا تقبل مفصولا

بخلاف ما اذا أقر انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش

ثمن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو أودعني ألف درهم ثم قال الا انها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد تمام هي زيوف أو نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب انه قبض مماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله أو صدق يفيده وهذا بخلاف

فيهما خاصة ولو لم تكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدالا بجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستوقة والزيف ما زيفه بيت المال أي رده وفي المغرب زافت عليه دراهمه أي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف ما رده بيت المال والنبهرج ما رده التجار النبهرج الدرهم الذي فضته رديئة وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل استعير لكل رديء باطل ومنه نبهرج دمه أي أبطل * الستوق بالفتح أردأ من النبهرج وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب وفي المبسوط الستوقة كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين وهو معرب سه طاقه أي الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر (قوله بخلاف ما اذا أقر انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى) أي لا يصدق فيما اذا ادعى الزيافة بعد ذلك لانه تناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وقيل في غير الجياد صدق موصولا وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان أقر بقبض حقه أو الجياد أو بالاستيفاء ثم ادعى الزيافة لم

وأما انه هل يقبل موصولا أولا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما اذا أقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان

قال المصنف (أو استوفى) أقول معطوف على قبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزيوف متناقضا) أقول لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق اذا وصل أيضا والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشترى الذي أنكر قبض حقه لان المشترى أقر بقبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعي وبخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيهما على السواء) أقول لان قوله جيادا مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا يخفى عليك ان دعواه كونها زيوفا لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان مفصولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما

ماذا أقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو اجارة الا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا انما أقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف أو نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل أخص فاذا نفى أنه بعد ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقاته الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة أو رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا أما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا مقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت مالي عليه أو حقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الا مائة أما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما اذا قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله مالي عليه وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تامل وعندي ان التامل يشدد لا برده وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه المموه وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصولا أما في الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم مماله على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم

يصدق لان الاستيفاء يستعمل في قبض الحق وحقه جياد وقد أقر بقبضه وكذا لو أقر بقبض الذي له عليه ثم ادعى الزيافة وان وصل فالقياس كذلك وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجاز كلامه متصلا أي قبضت حقي

قال

المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ما عزاه الى شيء من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار قد لا ينهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكأنه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما يزيفه بيت المال أي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله أردأ من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم

(قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ما مر (قوله لا يصح استثناؤه) أقول مطلقا أو اذا كان دخوله في المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثاني مسلم ولا كذلك فيما نحن فيه والاول ممنوع

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار اما أن يكون بما يحتمل الابطال أو بما لا يحتمله فان كان الاول فاما أن يستقل المقر باثباته أولا والاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لان المقر أقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما أقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مقيد لانه دعوى فلابد لها من حجة أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكره أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعني المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد باثباته والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما يتفرد بالاثبات فيتفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقطا قال في الكافي ذكر في الهداية ان أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلابد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا

وذكر المحبوبي في جامعه مصرحا فقال فاما اذا قال وجدتها ستوقة أو رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد أنه يصح اذا كان موصولا وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا عين على الطالب أنها كانت جيادا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكره له أن) يعوده (يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فينفرد بالرد فافترقا) وناقضه في الكافي بانه ذكر هنا ان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا *(وهذه فروع)* ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا

ذا تا لا صفة (قوله بخلاف ما اذا قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه) اذ الاقرار بالدين يرتد برد المقر له وكذا الاقرار بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد أما الاقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له وله أن يصدقه بعد الرد لان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فبرده لا ينفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه والعلامة النسفي ذكر في الكافي اشكالا في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لانه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب قلت لا تناقض بين كلاميه فيحتاج الى التوفيق لان مراده بقوله لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فيما اذا كان الآخر على العقد معترفا به كما اذا قال أحدهما اشتريت وأنكر الآخر لا يكون انكاره فسخا للعقد اذ لا يتم به الفسخ وفيما اذا قال اشتريت مني هذه الجارية وأنكر فالمدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانفراده على العقد فيستبد بفسخه أيضا (قوله اما المقر له ينفرد برد الاقرار) بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث

قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه أو لغيره والآمر في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر مالا الخ) اذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شئ قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة انه قضاه أو على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شئ والمسئلة بحالها لان التوفيق أظهر لان ليس لنفي الحال فاذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا قالوا دلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الابراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على انه أعتقها أو كاتبها على ألف وانها أدت الالف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن أصحابنا انه أيضا تقبل لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال ولو بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلامعرفة

قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شئ قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق أظهر

كله في رد المقر له اقرار المقر فاما لو رد المقر اقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا لفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تحليف الدائن أنه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شئ ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كما لو أقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرأي في التحليف الى القاضي يريد أنه يجتهد في خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقر وأشهد يحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر مالا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شئ قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على الابراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شئ قط فاذا أقام بينة على انه قضاه ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه ولذا (يقال قضى بباطل و) أيضا (قد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز القضاء أو الابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدرى ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تتعطل حجج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك على شئ ثم أقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم أنكر فاشتريتها وكذا فيما يأتي

لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد (قوله لان التوفيق فيه أظهر) لان كلمة ليس لنفي الحال فصار كأنه قال ليس لك على شئ في الحال لاني قد قضيت حقك ألا

قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سيأتي في الاقرار في تعليل كون قوله قضيتكها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لا ظاهرا ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضا من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على الشراء فوجدها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة على أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف أثبته عن أبي يوسف وأشار اليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو أنكره أصلا ثم أقام البينة على القضاء أو الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا أن يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فابرأني ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود أصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) اذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى أو كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه والى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

(ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله انه تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال (ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فأقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا

في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا (فلو) زاد على ذلك فـ(ـقال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذ ولا اعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الابراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا انها تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا يجب التفصيل فان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الشافي لو قال لم أدفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئا وقد دفعته أما لو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلامعرفة (قوله ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائه) اياها منه فقبضها (فوجد بها اصبعا زائدة) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع وأراد ردها (فاقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فابرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقا فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه أعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشي أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينته لانه يقول أخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فاقالني (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا) ولا يخفى أن كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا (قوله

ترى انه لو صرح به يصح (قوله فيامره بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق) فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلامعرفة (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) أي في الدين وهو أن يكون البائع وكيلا من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بعتها صادقا ثم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضا ونظيره ما ذكر أبو يوسف رحمه الله من التوفيق ما ذكره الامام

أبي حنيفة رحمه الله وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه والى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيف وصرفه الى الجميع مبطل فلا فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل فى الكلام الاستبداد فلا

يكون ما فى الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق
مطلقا أو اذا لم يكتب فى آخره ان شاء الله تعالى والثانى مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل فى الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابى حنيفة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال فى الكلام وأما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر فى الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبى حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا بمجهول لا ليس بضائر لانه فى الاسقاط فان للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس فى الخصومة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبى ليلى لانه

على ما مر قال (ذكر حق كتب فى أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولى ما فيه ان شاء الله تعالى أو كتب فى شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره فى الاقرار) لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل فى الكلام الاستبداد وله أن الكل كشئ

ذكر حق) يعنى صكا فى اقرار بدين (قال فى آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه) يعنى من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب (ان شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشترى من الدرك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله (فعند أبى حنيفة يبطل الصك كله) الدين فى الاول والشراء فى هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشئ

الأمر ناشى فقال أقام البائع البينة على الشراء وذو اليد ينكر ثم أقام المنكر بينة على ان المدعى قد رد المبيع على قبات ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول أخذها منى ببينة كاذبة ثم استقلته فاقالنى فاذا أمكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب أن يتناقض لانه زعم أنه لم يبع ثم ادعى البيع والفسخ والجواب عنه انه انما تتحقق المناقضة اذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد أمكن بان يقول لم أبع بنفسى وانما باعه وكيلى ثم فسخت البيع فعمل عليه فان قيل ارتفع انكاره بقضاء القاضى فصار مكذبا فلا يكون مناقضا كما اذا رد المشترى المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان أنكر قيام العيب لانه صار مكذبا شرعا قلنا التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة اذ الزوج والمولى يستبدان ثم كذلك لجواز أن لا يكون المشترى مطلعا على العيب فانكر بناء عليه ثم لما أقيمت البينة علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا لان مبناه ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قيل يشكل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفيله عنه بامره فقضى القاضى عليه بالبينة بعد ما أنكر فله أن يرجع على المكفول عنه بعد ما أدى الى المدعى عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما انه مكذب شرعا والتناقض ليس فى محل الخفاء قلنا انه أنكر الكفالة دون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكارا للامر والرجوع باعتباره وقد ثبت بالبينة وقد أدى دينه فاستوجب دينا عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة من كل عيب لا تصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض (قوله ذكر حق) أى كتاب اقرار بدين (قوله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولى ما فيه) يعنى من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيلا قلنا الغرض من كتابة هذا اسقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل فان التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بلا رضا فان قيل ان هذا رضى بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضا وعدمه بمنزلة الاقرار للمجهول قلنا انما يصح الرضا بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد أسقط حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار لا اسقاط وقيل هذه المسئلة فرع لهذا الاصل وهو أن هذا الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة لمن أخرج هذا الصك فهذا الكلام لم يوجب فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشو لا يحتاج اليه فكان فاصلا بين الاستثناء وصدر الكلام (قوله أو كتب فى شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه) أى لو

واحد

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك فى الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة فتمثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله أعلم بالصواب

(فصل فى القضاء بالمواريث) قال (واذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال

واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف الى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل فى الكلام الاستبداد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصرف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما لما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة بعضها استثناء فينصرف الى الاخيرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم فى كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فمشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجاه وكتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا اجماعا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد أورد أن هذا الكلام يقتضى انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شئ ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة فى قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بان الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبى ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز لكن ذكر فى كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبى ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا *(فصل فى القضاء بالمواريث)* (واذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فانا أستحق فى ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث) فـ الظاهر (اضافته الى أقرب الاوقات ولنا أن سبب الحرمان) من الميراث (ثابت فى الحال

كتب صك الشراء وكتب فى آخره فما أدرك فلانا فيه من ذلك فعلى فلان خلاص ذلك فان قيل هذا الكلام لغو لان الخلاص على فلان لانه ضمان الثمن وهو عليه شرط أو لم يشرط قلنا يكون اشتراطه توكيدا وفيه تحرز عن قول ابن أبى ليلى لان عنده لا رجوع بدون الشرط (قوله ولو ترك فرجة) أى بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت اذ الفرجة فى الصكوك كالسكوت فى النطق والله أعلم *(فصل فى القضاء بالمواريث)*

لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبى حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه
(فصل فى القضاء بالمواريث) قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصرانى فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا فى الماضى فيكون ثابتا فى الحال كحياة المفقود والثانى أن يقال هو ثابت فى الحال فيحكم بثبوته فى الماضى كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف فى أصول الفقه فاذا مات النصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى أقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت فى الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال أى

باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضى مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعنى تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعنى زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بان ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الاجر فقد تمسكتم بالحال لاثبات استحقاقه الاجر قلنا اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أى الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكل هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه (٤٢٦) فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام لسبب في الحال وهو البنوة قلنا ماذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال أما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما ألا ترى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر بل انقطع شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان أو جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وانقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة انه أبانها في المرض بعين صار هو فارا به وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعنى الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكل هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البنوة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البنوة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البنوة فقط (قوله وهذا أى تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى ٢ (قول المحشى الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اهـ قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعنى الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا يثبت الحكم بنفسها بل اذا نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولعمرى ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادى الاعلام اهـ وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمشترى في المبيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فمما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى

فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر تعتبره للدفع وماذكره نعتبره الاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب أعنى استصحاب الماضي للحال (نعتبره للدفع وماذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبه بمدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجرة الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كأخبار الآحاد فانه أثبت ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

(قوله تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة) يعنى اذا اختلف الآجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضى مدة يجعل الحال حكما فيه حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الآجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعا كان القول قول المستأجر (قوله وماذكره يعتبره للاستحقاق) والظاهر

فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذى هى محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منها اجتمع نوعا الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه أن يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثانى (٤٢٧) فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثانى ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضى بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضى أن يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالى وهو أن ماذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا للامر جبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهى محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفى لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها أجر الماضي اذا كان جاريا أجيب بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة أجيب بانه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآجر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء أو جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل أعنى كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة انه أبانها في المرض فصار فارا فانها أرث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعنى الاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع انه ابن الميت

يصلح للدفع لا للاستحقاق (قوله فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) فالحاصل أن المرأة تتمسك في هذه المسئلة بما تمسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة يتمسكون بما تمسكت به المرأة في المسئلة الاولى غير انها في المسئلتين تتمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثباته والورثة هم الدافعون جميعا في المسئلتين فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجة لصاحب الطاحونة حتى يقضى بالاجر على المستأجر فقد تمسك بالحال لاثبات استحقاق الاجر قلنا ثمة اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد ولبقاء ما كان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة يؤيده ماذكر في المبسوط انه لو لم تنقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا

لانه أقر أن مافى يده حق الوارث وملكه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حى اصالة بخلاف
ما اذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير
ولقائل أن يقول كان الواجب فى المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت فى المآل باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه
كالدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام

لانه أقر أن مافى يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا أقر انه حق المورث وهو حى اصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه

لا وارث له غيره) فان القاضى يقضى عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن مافى يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما اذا أقر انه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما اذا أقر) المودع (لرجل انه وكيل المودع بالقبض) أى بقبض الوديعة (أو انه اشتراه) أى اشترى الوديعة التى فى يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكه فى الوديعة الآن (اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه لما فى يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفى فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ فى حق غيره أعنى المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا فى نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدى يتردد فى جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذى أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع فى زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره (اذ الديون تقضى بامثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذا

فلم يكن له أن ينقضها زوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقى من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب فى الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله فى الاصل اذا مات الرجل وترك ابنين فقال أحد الابنين مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وكنت أيضا مسلما أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما أسلمت بعد موت الاب فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف فى اسلامه فيما مضى مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا فى الماضى فى ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا فى الماضى على خلاف ما هو ثابت فى الحال غير انهما اختلفا فى مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما ألا ترى فى مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع فى بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال صاحب الطاحونة لا بل انقطع الماء شهرا فالقول قول المستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء أو جاريا فى الحال لانهما اختلفا فى جريان مقدر او انقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال فكذا الاختلاف هنا فى مقدار مدة الاسلام لا فى نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت فى الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدر فهذا هو المأخذ فى المسئلة (قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه) لان صاحب اليد مقر بانه ملك الغائب وهو حى ويده فى الوديعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره وفى تصحيح اقراره تنفيذ اقراره فى ملك الغير بزعمه وهنا زعم ان الميت لم يبق مالكا وان المالك هو الوارث فلم يكن فى تصحيح اقراره تنفيذ اقراره فى ملك الغير فلو دفع هل له أن

حق الميت فى المآل متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع فى الوديعة حتى هلكت هل يضمن أولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه كالمنع من المودع وفى المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا لاجل ذلك لانه يصير ساعيا فى نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو أقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه أيضا ابن الميت وأنكره الاول بان قال ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول فى وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثانى يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لم يكذبه أحد فصح اقراره وحين أقر للثانى كذبه الاول فلا يصح
واعترض بان تكذيب غيره ينبغى أن لا يؤثر فى اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للاول وأجابوا بالتزام ذلك اذا دفع فيؤمر
الجميع بلا قضاء كالذى أقر بتسليم الوديعة من القاضى بعد ما أقر لغير من أقر له القاضى وقد تقدم فى أدب القاضى وأما اذا كان الدفع بقضاء كان
فى الاقرار الثانى مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان فى الاقرار الثانى مكذبا شرعا الخ) أقول وأما فى المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا فى قوله تسلمتها من القاضى اذ لا منافاة بين تسلمها منه وكونها لمن أقر له فافهم

فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول) لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثانى كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثانى له مكذب فلم يصح

لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وأنكر الابن الاول قضى بالمال للاول) وحده لانه لما صح اقراره للاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثانى له مكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثانى شيأ قال فى غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثانى شيأ باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفى الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثانى الذى أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضى وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى قول وفى قول لا يضمن لان اقراره للثانى صادف ملك الغير فلا يلزم منه شئ وقال فى النهاية فان قيل كان ينبغى أن يضمن المودع للابن الثانى الذى أقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضى المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضى اليه وقد ذكر فى أدب القاضى من الكتاب انه يضمن القاضى قيمته قلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء القاضى نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف فى اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور فى اللقطة وفى الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله فى الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضى يتأنى فى ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفى الوصية هو مقر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله فى الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانة وان كان غير ثقة تلوم القاضى حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بشئ بل موكول الى رأى القاضى وهذا أشبه بأبى حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف فى الخلاصة عن الاقضية قال وعن أبى يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدرى أمات أم لا لا يدفع الى أحد منهم شيأ لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث فى حال دون حال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيرى وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال رى لا أدرى للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن لمدعى الوصية شئ بهذا الاقرار ويدفع القاضى الى الاب والام والاخ ومولى العتاقه أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفرد أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعى البنوة مدعى الاخوة لكن مدعى هذه الاشياء اذا زاحمه مدعى الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذى اليد فمدعى الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على

يسترده قال شيخ الاسلام علاء الدين رحمه الله ليس له أن يسترده لانه ساع فى نقض ما أوجبه وروى عن ظهير الدين المرغينانى رحمه الله انه تردد فى ذلك ولو لم يدفع حتى هلك فى يده قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله (قوله وقال الاول ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول) وهل يضمن للثانى اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما أن يقر به ذو اليد أولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شئ حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم مالم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا أنه ابنه و وارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقالا له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره) أقول أو غير ما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام التمرتاشي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكر ان كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال

لهما

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره

الزوجية أو الوصية فان قام أخذها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذو اليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا ه أقر بخلاف النكاح و ولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد أقر بسبب منتقض (قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شئ احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كانه عنى به ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أولا يحجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفي الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا تركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيأ حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه و وارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه و يأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما اذا ثبت بالاقرار فيأخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا أقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة

نصفه للثاني كذا في النهاية (قوله والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة) ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا قالوا لا نعلم له وارثا غيره دفع اليه من غير كفيل ولا تأن عندهم ولو شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر يقسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وهل يأخذ كفيلا بما دفع اليه قال

لهما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع و بقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة و يأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقينا أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشترآخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل (قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا أقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أجيب بانه اذا أقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب

ويأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة اه (قوله أجيب بانه اذا أقر به الخ) أقول فالجواب في مسئلة الآبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بان القاضي الخ) أقول و يمكن توجيهه نقضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء

بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع) القاضي (الآبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأة الغائب) يعني اذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) و زوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقر بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) و يأخذ كفيلا (ولابي حنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعا) أي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار (كمن أثبت الشراء ممن في يده) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى بيع) العبد (لاجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لاحد الغرماء

أبو حنيفة رضي الله عنه لا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يأخذ ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن اما اذا كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع المال اليه مالم تقم البينة على عدد الورثة أو يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام التمرتاشي رحمه الله ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زمانا على حسب ما يرى ذكر بكر رحمه الله أن في كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر يدفع المال و يأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة كذا في النهاية (قوله وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله) وهي امرأة تستنفق و زوجها غائب وله عند رجل وديعة والمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضي يفرض لها النفقة و يأخذ منها كفيلا (قوله ان حق الحاضر ثابت قطعا) أي فيما اذا لم يكن وارث آخر أو ظاهرا أي فيما اذا كان وارث آخر لكن القاضي مكلف بما ظهر عنده من الحجة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل أرأيت لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه (قوله كمن أثبت الشراء الى قوله لا بكفيل) أي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي أثبت شراءه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي أثبت دينه على

زيادة مايدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهدا به من المسائل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها الحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الآبق واللقطة ففي كل واحد

منهما روايتان) قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيلا وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتابي (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براءة عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعاء من زعم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه

بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح أنه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة ان أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له

بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فاما الآبق واللقطة ففي) أخذ الكفيل روايتان عنه والاصح أنه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة أو باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملا بالجهتين أجيب بان العمل يجب بالحجة بعد قيامها الا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) أنه قائل بان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول وجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبتهم هذا القول الى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والا لكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له

العبد حتى يبيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد علم أن المتيقن المعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لامر موهوم (قوله أو اقرار العبد) أي اقرار العبد الآبق انه لفلان (قوله وهذا يكشف عن مذهبه) أي فان قوله وهو ظلم يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع الى مذهب أهل الاعتزال لما أن عندهم الاصلح واجب على الله تعالى فكان صيانة الله المجتهدين عن الخطاء وتقريرهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا

فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا بالنصف أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا ان في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين والا ترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولابي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيه المقضي بيده كونه مختارا له وهو الشهود لا نعلم له وارثا آخر

ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وجحوده) جواب عما ذكراه ووجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء

القاضي فكذا الازمة والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمسئلة بحالها (فقد قيل ينزع من يده النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل وأما أن النزع أبلغ فيه فلان النزع أبلغ في الحفظ لانه لما جحده من بيده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا (بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة

بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ان كان الذي هي في يده) قد (جحد) فاقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانته بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما لاعتقاده أنها ملكه وان البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها (ولابي حنيفة أن القضاء) انما (يقع) أولا (للميت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي) بها للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه محتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متأولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولاجل أن المنقول محتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

ضرورة أن يقال كل مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول الى أبي حنيفة رحمه الله واليه أشار بقوله لا كما ظنه البعض وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف بن خالد السمتي وكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معنى هذا الكلام انه مصيب في حق عمله حتى ان عمله به يقع صحيحا شرعا وان كان مخطئا للحق عند الله تعالى (قوله وله أن القضاء وقع للميت مقصودا) لان الوارث قال هذا ميراث ولا ارث الا بثبوت الملك للمورث ولهذا يقدم ديونه على الميراث وينفذ منه وصاياه (قوله وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي) جواب عن قولهما أن الجاحد خائن (قوله والظاهر عدم الجحود) جواب عما لو قيل لما جحد مرة فالظاهر انه يدوم على جحوده فقال والظاهر عدم الجحود في المستقبل لان من الجائز ان جحوده لاشتباه الامر عليه وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود وللقاضي أيضا وبعد ما صار مسجلا مثبتا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد لعلمه انه لا يلتفت الى ذلك ويؤمن تصرفه فيه لعلمه ان القاضي لا يمكنه منه (قوله والنزع أبلغ فيه) أي في الحفظ لانه ظاهر جحود ذي اليد فيتصرف فيه اما لخيانته أو لزعمه انه ملكه وأما اذا وضعه القاضي في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فلا يتصرف فيه (قوله ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب) أي ولان المنقول محتاج الى الحفظ يملك الوصي بيعه على الكبير الغائب

الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي الذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اهـ يعني أن الظاهر ذلك وأنت خبير بانه يفهم من ذلك امكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي

وكذا وصى الام والاخ والعم على الصغير) وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبى حنيفة فيه أظهر) بناء على ماذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك فى يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذى يضعه القاضى فى يده فكان الترك أبلغ فى الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ماقيل انه لما جحد من فى يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضى وطائفة من الناس وكتابته فى الخريطة وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف فى العقار فسقط الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقى قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضى يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضى لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب أن القاضى لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه (٤٣٤) بالكفيل والقاضى يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل هنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فافرضناه رافعا لشئ كان منشئا له هذا خلف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ فى وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبى حنيفة فى القصاص اذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجئ (دينا كان أو عينا لان المقضى له وعليه فى الحقيقة انما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك) كالوكيلين بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البينة يثبت فى حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت فى حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت بخلاف

وكذا حكم وصى الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضى انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لان المقضى له وعليه انما هو الميت فى الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك

وكذا حكم وصى الام والاخ والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية فى المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك فى يد الذى جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبى حنيفة من الذى هى فى يده (لانه انشاء خصومة والقاضى انما نصب لقطعها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا أولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكائن فى غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أو عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقضى له وعليه انما هو الميت فى الحقيقة) على ماذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك

ولولا انه يحتاج الى الحفظ لما ملك الوصى ذلك وكذا حكم وصى الام والاخ والعم على الصغير يعنى فى بيع المنقول من تركة الموصى ولا يكون له بيع منقول ملكه الصغير لامن جهة الموصى وهذا لان التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه وملك الورثة من وجه فاثبتنا للوصى الحفظ باعتبار مابقى للميت من الملك فى تركته دون مال آخر لان الموصى اذا كان غير الاب والجد لا يملك بيع مال الصغير لا للحفظ ولا للربح وانما ملك وصى هؤلاء بيع المنقول باعتبار مابقى للميت من الملك لا باعتبار ما ثبت للورثة بخلاف وصى الاب لان له البيع باعتبار ما للميت وما للورثة اذا كانوا صغارا وفى الذخيرة اما وصى الام لا يملك على الصغير بيع ماورثه الصغير عن الاب العقار والمنقول فى ذلك سواء لان وصى الام قائم مقام الام والام حال حياتها لا تملك بيع ماورثه الصغير العقار والمنقول المشغول بالدين والحال فى ذلك سواء (قوله وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر) لحاجته الى الحفظ والحفظ بالترك فى يده أتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه لو هلك فى يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضامنا ولو أخذ من يده ووضع فى يد أمين لا يصير محفوظا معنى لانه غير مضمون عليه (قوله واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة) قال الشيخ الامام على البزدوى رحمه الله وهو الاصح

(قوله أو لزعمه أنه ملكه) أقول أى ان كان عدلا (قوله فاذا ترك فى يده كان مضمونا عليه) أقول يعنى بجحوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذى هو الخيانة بقضاء القاضى كما صرح به آنفا فينبغى أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الاولى طلب الكفيل (قوله والقاضى يطالبه به) أقول فيه اشارة الى أن مافى النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغى لعدم مطابقته المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كليا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جزئيا فمسلم ولا يفيد اللهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضى فليتامل (قوله اذا أقام الحاضر البينة الخ)

وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائبا عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملا لنفسه فى نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت (٤٣٥) البينة بدين الميت) أى بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقرير مامر وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعنى أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره فى الجامع والا كان خصما عما فى يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على مافى يده قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة الخ) رجل قال مالى فى المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الاموال التى تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أولا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه

أقول التفصيل فى باب الشهادة فى القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال

بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل فى يده ذكره فى الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على مافى يده قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة

بخلاف الاستيفاء) أى استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت) فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله (الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (اذا كانت) التركة كلها (فى يده) أى فى يد الحاضر حتى لو كان البعض فى يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره فى الجامع الكبير قال فى شهادات المواريث ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار فى يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخواى فلان وفلان قبضا نصيبهما وأودعانى وغابا وقال المدعى كانت دارى فى يد أبيكم واعلم أن الغائبين قبضا ثلثيها اشاعا وأودعاها عندك وأنا أقيم البينة أنها دارى تقبل وذو اليد خصم لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا فى الارث وجحدا حق المدعى فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لا بالارث يقال للمدعى أعد بينتك عليهما فى ثلثى الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل فى حقه لا فى حق الغائبين قال العتابى قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعى فى نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصما فيها بخلاف ما قبل القسمة لانه مبقى على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار فى يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقر بانه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصما للمدعى وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما فى ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعى على الميت فيما فى يده لا فيما فى يد غيره قال الاستروشنى فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى عين هو فى يده لا فى عين ليس فى يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس فى يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفى دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن فى يده شئ (قوله ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على مافيه الزكاة) فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله عن بعض مشايخنا ان على قياس أبى حنيفة رحمه الله ينبغى أن يعيد البينة لان تلك البينة للحاضر خاصة كما فى القصاص (قوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء عن قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين معناه أن استحقاق الكل على أحد الورثة انما يكون استحقاقا على الباقين اذا كان الكل فى يده وذكر فى الجامع انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى فى يد الوارث الحاضر ولو كان البعض فى يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا تتوجه الا على ذى اليد فانما ينتصب أحد الورثة خصما عن الكل اذا كان المدعى فى يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقى الورثة فى دعوى الدين على الميت وان لم يكن فى يده شئ من التركة (قوله ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) أى يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من أجناس

على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائبا عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتامل ولا مجال لقيامه مقام الميت لان الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتامل (قوله يعنى انه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا الخ) أقول فيه انه يجب ان يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن فى يد الحاضر شئ على ماصرحوا و يمكن أن يجاب بان المراد يكون خصما فى جميع الدين فى حق الاستحقاق عليه و يقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على مافى يده فليتامل قال المصنف (ومن قال مالى فى المساكين الخ) أقول وفى ارادة

لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى (٤٣٦) بثلث ماله فهو على كل شئ والقياس) في الاول أيضا (أن يقع على كل شئ كما قال به

وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية ووجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة

وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيا تصدق بقدر ما أمسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ماعنده نصابا أولا لان المعتبر جنس مافيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينا لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد الى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصدق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبتي والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما أوجب الشرع فيه الصدقة) وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق بانه أخذ من أموالهم حقيقة وانما ذاك قول الشافعي والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ماذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقيد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصد. وأما الوصية فخبر ينافيها على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقريرا لابداء المخصص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى يخصصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وماذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو أيضا من ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة

الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين ومال السوائم وأموال التجارة بقليلها او كثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب ومادونه لان ذلك تتعلق به الزكاة اذا انضم اليه غيره فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (قوله لانها خلافة كهي) أي كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت والله تعالى أوجب المواريث في كل عين ودين (قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله) وهو مال الزكاة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل أي في الحقيقة

زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله) اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى أموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شئ وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أولانه في معنى الصلاة لانه لانتظار أوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالوراثة) من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة)

مسئلة النذر في فصل القضاء بالمواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت المواريث (قوله ووجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى والا لم يجب له التصدق بكل ماله وهو ظاهر (قوله وايجاب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف الايجاب الى لفظ المال أما

لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به والحوائج الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الارض العشرية كأموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام التمرتاشي قول أبي حنيفة مع محمد رحمهما الله (لانه) أي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال) زكويا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في (٤٣٧) الامالي لان ما أملك أعم من مالي لان

أما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على مامر ثم اذا لم يكن له مال سوى مادخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا أصاب شيا تصدق بمثل ما أمسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشئ لاختلاف أحوال الناس فيه

غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل) لان المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤذن بقصدهم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تامل وكان مقتضى ماذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الا أن الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف مالو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على مامر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم اذا لم يكن له مال الا مادخل تحت الايجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (يمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (واذا استفاد شيا تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقدارا في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم

هما سيان لان ايجاب الصدقة الصرف الى فاضل ماله في حياته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلا لاستغنائه عنه بالموت (قوله ويدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله) لان معنى الصدقة في العشر راجح عنده ولهذا لا تجب على الكافر وعند محمد وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله لا تدخل لان فيه معنى المؤنة ولهذا لا يعتبر فيه المالك فاشبه الخراج (قوله لانه أعم من لفظ المال) لان الملك يطلق على المال وعلى غيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ماليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك في أن ينصرف الى كل مال يجوز التصدق به فصار كأنه قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة فحينئذ ينصرف الى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح انهما سواء (قوله والمقيد ايجاب الشرع) وهو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عليه السلام هاتوا ربع عشور أموالكم

الملك يطلق على المال وغيره يقال النكاح وملك القصاص وملك النفقة والمال لا يطلق على ماليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا اظهارا لزيادة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال المقيدة في الشرع باموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية أجاب (بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع (والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي (لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية ان قوله (على مامر) اشارة الى ماذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه (ثم اذا لم يكن له مال سوى مادخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم اذا أصاب شيا تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها

(قوله وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لاعتبار ايجاب العبد به كما في ايجاب الاعتكاف على مامر آنفا ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل)

والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف يمسك ليوم) لانه يكتسب يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يجبيها يمسك (شهرا) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (قوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لان الوصاية انابة) أي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري اياها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لابي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالوراثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيأ ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم) كالوراثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفناه على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت لعجز الموصي) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب الى فلان يبيعك أو لامرأته اذهب الى فلان يطلقك أو اذهب بعبدي الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده عدل أو شاهدان) أي

(قوله وصاحب الغلة لشهر) أي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤاجرها الانسان يمسك قوت شهر (قوله كما في تصرف الوارث) لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه فكذا الوصي (قوله ومن أعلمه من الناس بالوكالة) أي سواء كان حرا أو عبدا أو كافرا (قوله حتى يشهد عنده شاهدان)

وهذا

(وقيل المحترف يمسك قوت يومه) لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان (لشهر) لأن يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا (وصاحب الضياع لسنة) لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة (وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم الخ) ووجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفا ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة أي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة

والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانه لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احداهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا أو على اضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام أمر أي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولابي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل

مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما الا أن يعلمهما بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه لما لم يكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شطري الشهادة وأجمعوا على

أي يخبر مخبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط أو واحد عدل ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشتبه أيضا هو قوله حتى يخبره رجلان أو رجل عدل وعن هذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل أو بحجر المأذون فاسقين يثبت العزل والحجر بوجود أحد الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى أن قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فأولى أن يثبت الحجر بالعدد وان لم توجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالزام كخبر الفاسق الواحد في أنه لا يكون ملزما وانه يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر الزام من وجه فكانت العدالة شرطا في المخبرين هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لانه لو صح هذا الخبر لكان الزاما بقول الفاسق وذلك لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله وزعم انه هو المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة كذا في النهاية (قوله وله انه خبر) ملزم لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة من وجه ويشبه التوكيل من حيث أن المتصرف يتصرف في ملكه فوجب أن يشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة توفيرا على الشبهين حظهما والالزام من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر مشروطا بلفظ الشهادة (قوله بخلاف الاول) أي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته كعبارة المرسل فصار كأنه حضره وعلى هذا الخلاف اذا أخبر المولى بجناية عبده فباعه

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شطري الشهادة فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة أما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني اذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختيارا منه للفداء وان أخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء وان أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيها الشفيع اذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وان أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف وان أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (واذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) اذا باع القاضي أو أمينه عبد الميت لاجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضي أو أمينه (لان أمين القاضي قائم مقام القاضي و القاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كي لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق و يرجع المشتري على

(٣٤٠) الجاني اذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل

لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا قال (واذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل (قوله وعلى هذا اذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنتين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه أما الثلاث فاحداها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا أخبره واحد بالحجر ان كان رسولا ينحجر فاسقا كان أو عدلا وان كان فضوليا يشترط أحد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان أخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اللتان في النوادر فاحداهما الحربي اذا أسلم في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيا منها كان عليه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع اذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استئذان فاخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله واذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) أي لاجلهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيا (لان أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة) اذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع)

أو أعتقه لا يكون مختارا للفداء عنده الا اذا أخبره عدل أو مستوران خلافا لهما والشفيع اذا أخبره واحد غير عدل لا يبطل شفعته عنده والبكر اذا أخبرت بانكاح الولي فسكتت فان كان المخبر واحدا غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده والمسلم الذي لم يهاجر أي الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فاخبر بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا أو اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاؤها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذي قلنا وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاصح عندي انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله واذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) أي لاجل الغرماء وهم أرباب الديون ههنا وأخذ المال أي الثمن

(قوله والثالثة العبد الجاني اذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أي فضوليان وقوله أو واحد أي فضولي (قوله اذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البزدوي قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها وفي حديث آخر ألا فليبلغ الشاهد الغائب اهو الاولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتأمل (قوله وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم (وان أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (و رجع الوصي على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا و يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا لانه لحقه في أمر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له *(فصل آخر)*

بالثمن (على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما اذا كان العاقد محجورا عليه) عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق باقرب الناس الى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى ان القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطالب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (قالوا و يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لانه لحقه) ذلك (في أمر الميت) و ينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الائمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لانه الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

(فصل آخر) لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل

(قوله كما اذا كان العاقد محجورا عليه) أطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور والعبد المحجور فان من وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما ففي الصبي لقصور أهليته وفي العبد لحق سيده والاصل انه اذا تعذر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في توكيل المحجور وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه الا بعد طلب الغريم فيرجع المشتري على الغريم (قوله لانه عاقد نيابة عن الميت) وذلك لان الوصي قائم مقام الميت اما اذا كان الميت أوصى اليه فظاهر وأما اذا نصبه القاضي فكذلك لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي (قوله فصار كما اذا باعه بنفسه) أي المديون اذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته فيرجع المشتري على الوصي ثم يرجع الوصي على الغرماء (قوله قالوا و يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا) وفي رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجوز أن يقال يرجع و يأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصي أو للمشتري لان هذا الضمان لحقه لامر الميت وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله أيضا والاصح انه يرجع وقال بعضهم لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (قوله والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم) الوارث اذا احتاج الى بيع شئ من التركة وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه أمين القاضي رجع المشتري على الوارث اذا كان أهلا وان لم يكن أهلا ينصب القاضي عنه وصيا فيرجع عليه و يؤدي هو من مال الصغير *(فصل آخر)*

الرجوع على العاقد (كما اذا كان العاقد) صبيا محجورا أو عبدا (محجورا عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء (فان أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة) فان أوصى اليه الميت فظاهر وان أقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما أقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه (فصار كما اذا باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضا لان هذا الضمان لحقه في أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له)

(فصل آخر) جمع

(فصل آخر)

في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل و بعده مقبول أولا قال (واذا قال القاضي قد قضيت الخ) اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضرب به وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله مالم تكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا الا أنهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما ملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن من الانشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجري الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من أولي الامر وطاعة أولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا تتأتى الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطا فان أحسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما ظن بسبب جهله غير الدليل دليلا أو الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل   قال

(واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضرب به وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه أخبر عن أمر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة أولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام أبو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة

يقبل مولي ومعز ولا آخره (قوله واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضرب به وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضي يشهد وليس معناه الا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه وليس هنا من يشهد عنده الا المأمور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بانه شهد على فلان وفلان يؤدي الآخر عنده ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا (لان الغلط والخطا في الحكم محتمل) لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي) لان الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده (واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي) لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل [1] في التوقف لا اطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة) في الدين بالعدالة والخطا في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فان أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة [2] وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) في الحال (فيقبل لخلوه عن التهمة) لان التهمة انما تتحقق في اخبار بامر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى أن الذي

(قوله فان أحسن التفسير) بان يقول في حد الزنا اني استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما ظن بسبب جهله غير الدليل دليلا

(قوله مالم تكن الشهادة بحضرتك) أقول أو الاقرار بحضرتك (قوله لان قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطلقا (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركاكة

[1] كتب بهامش نسخة العلامة البحراوي قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا اطلاقه أي القبول فقوله لا اطلاقه نفي لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر [2] قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا في الجهل والخيانة في الفسق قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا أخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولايته فلا يخلو اما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه أو يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد أو بعد العزل

قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد أو بعد العزل

يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيأ ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجها آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لقلد في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور الا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا بوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفا بغير حق أو قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمر فات فلا بد أن يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا نعم كون القول له على الاتفاق مقيد بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر أنه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق و) لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الآخذ) للمال بامر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ معاينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعته (ف) اما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد) أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه

(قوله ولا يمين عليه) أي على القاضي لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ والقاضي أمين لا خصم (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ) أي لو أقر القاطع بامر القاضي أو الآخذ المال بامر القاضي بالقطع والاخذ بقضاء القاضي لا يضمن أيضا كالقاضي لانه أي لان القاطع أو الآخذ فعله في حالة القضاء فلا يضمن (قوله ودفع القاضي صحيح) أي ودفع القاضي المال الى رب الدين أو المستحق الذي هو الآخذ صحيح لانه دفعه

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الاول (قوله لانه ثبت فعله الخ) أقول فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شئ قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى أن يقال انا لو أوجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتتعطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الائمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل

فالقول أيضا للقاضي في الصحيح لان القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان كان القول قول المدعي لأن هذا

(فالقول للقاضي أيضا) هو الصحيح لانه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا

خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لانه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و(قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا فرضه شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح يخص ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليله ما يعمم كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لانه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قالت أقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بان المولى أقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لا في جهة التملك كما لو قال أخذت منك الفا هي ديني عليك أو الهبة لي وهبتها وأنكر

في حالة القضاء فالظاهر انه دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما اذا كان معاينا أي كما اذا كان دفع القاضي المال الى الآخذ بحكم القضاء في معاينة المأخوذ منه المال حكمه لا يضمن الآخذ فكذا اذا أقر بما أقر به القاضي (قوله فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح) وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله اذا زعم المأخوذ منه أو

بحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الا بحجة بخلاف المسئلة الأولى لأنه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدعيا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر باخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اهـ لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد منه الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تامل

عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا الا ان الاصل أن يكون قضاؤه محقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي ضمنا لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن

نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره

(ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان) لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير اذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فاقر القاطع والقابض أني فعلت ذلك بامر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده (يضمنان) ولا يضمن القاضي (لانهما أقرا بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الاخذ والقطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كي لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الآخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فافاد أن ذلك أعني عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم قالوا معناه أن القاضي لما أقر بالاخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان

المقطوعة يده انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة (قوله وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره) فان قيل قد وجد الاسناد منهما أيضا الى حالة معهودة منافية للضمان فيجب أن لا يضمنا أيضا كالقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها تقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي أيضا قلنا لو أوجبنا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء ولان حالة القضاء منافية لضمان القاضي لا محالة فكان الاسناد اليها مفيدا وأما اسناد غير القاضي فعله الى حالة القضاء غير مفيد لان ذلك لا ينافي الضمان لا محالة لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما ادعى من القاضي أمره بالقطع والاخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله أعلم

بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق) لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الآخذ وأقر بما أقر به القاضي أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لان الآخذ أقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لان اقرار الرجل الى قوله لا يعارض القطعي) أقول الاقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود الا أن يراد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضي (قوله لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل والاولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافي الضمان في حق غير القاضي لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم وأخذه بامر القاضي لم يثبت لعدم الحجة اذ الكلام فيه وكذا حال القطع فليتامل والله أعلم

(كتاب الشهادات) أورد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب أدائها اما طلب المدعي منه الشهادة أو خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال (الشهادة فرض تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر

(كتاب الشهادات)

(قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي)

(كتاب الشهادات)

يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان ثبوت الحق بها الا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان المدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره من الكتاب والسنة كثيرة وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب انما ثبتت كي لا يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعني أداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل

(كتاب الشهادة)

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة لان السبب المطلق للاداء المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا وأداؤه شهادة وهي في الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق اذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما في يده لغيره والدعوى اخبار بما في يد غيره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يد غيره

(كتاب الشهادات) (قوله اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود) أقول لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لان المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه أولا واليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) أقول أي ومن معرفات حسنه ويؤيده قوله فلا بد من حسنه والا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأمورا به مذهب الاشعري ولا ترتضيه الحنفية (قوله فلا بد من حسنه) أقول ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها (قوله بصحة الشيء) أقول أي بثبوته (قوله انها مشتقة من المشاهدة) أقول بالاشتقاق الكبير لقوله (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق) أقول فاطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل اطلاق البيع على بيع الحق واطلاق اليمين على الغموس وقد مر في الايمان (قوله فالاخبار كالجنس يشملها) أقول ويشمل سائر الاخبار الصادقة (قوله وسبب تحملها) أقول تحمل الشهادة التي هي الاخبار ومبنى على الكلام النفسي والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي (قوله معاينة ما يتحملها له) أقول أي لاثباته (قوله وسبب أدائها) أقول الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها (قوله اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا) أقول والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعي (قوله والقدرة على التمييز الخ) أقول يعني التمييز بالبصر (قال المصنف الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي) أقول الظاهر أن الواو ليست في محلها لكمال الاتصال بين الجملتين فان الثانية تأكيد للاولى الا اذا جعل قوله اذا طالبهم قيدا للثانية فقط فتأمل

واستدل بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما تؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاعلان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون أمرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد وأما اذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه أمر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه (وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد أنه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب أنه ألحق

لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل المتكلم وافتراض الاداء الا في الحدود مجمع عليه وقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا يحتمل أن يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه أولى ويحتمل أن يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان الا به ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد في تأكيد لان قوله تعالى فانه آثم تأكيد واضافة الاثم الى القلب الذي هو

لغيره وقولنا مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا اذ النهي عن الاباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تكتموا الشهادة والنهي عن الكتمان أمر بالاظهار وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التأكيد لما أن اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها أبلغ من الاسناد الى الجملة ألا ترى انك تقول اذا أردت التأكيد هذا مما أبصرته عيني ومما سمعته أذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ولان أفعال القلوب أعظم من أفعال سائر الجوارح ألا ترى ان أصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من أفعال القلوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودا عليه بان الكتمان من أعظم الذنوب فان قيل النهي عن الشيء يقتضي في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب كما ذكر في أصول الفقه من أن المختار عندنا أن الامر بالشيء يقتضي كراهة ضده لا أن يكون موجباله ودليلا عليه الى أن وكذا على هذا القول يحتمل أن يكون النهي مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب ولهذا قلنا ان المحرم لما نهي عن لبس المخيط كان من السنة لبس الازار والرداء فعلم بهذا أن الامر المستفاد من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق فضلا عن الفرض قلنا

(قوله واستدل بقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها) أقول الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف على أن يكون المراد اذا دعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها في هذا المقام بل الوجه أن يقال لا ليتحملوها لانهم قبل التحمل ليسوا بشهداء ولا ضرورة تدعونا الى ارتكاب المجاز (قوله وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه) أقول أي على الاحتمال الثاني (قوله يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة) أقول حيث أكد النهي بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه ألا يرى الى نسبة الاثم الى الكاتم ثم الى قلبه الذي هو أشرف أعضائه اذا فسد فسد جميع الجسد (قوله والنهي عن أحد النقيضين الخ) أقول وأخصر منه أن يقال النهي عن أحد النقيضين يستلزم امتثاله شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الاعلان ثابتا) أقول وفي معراج الدراية النهي عن الشيء يكون أمرا بضده اذا كان له ضد مقصود بامر آخر وههنا كذلك لان الاداء منصوص بقوله تعالى وأقيموا الشهادة (قوله وما لم يجب لا يثبت) أقول أي لا يلزم ثبوته لجواز ارتفاع النقيضين (قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول بل هو الصحيح من المذهب على ما صححه في التوضيح وغيره قال الشيخ الامام سراج الدين الهندواني في شرح المغني أما النهي عن الشيء فامر بضده اذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمرا بالايمان وان كان له اضداد ففيه الخلاف انتهى

بالمطلوب بدلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفا أن طلب المدعى سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ماذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعى فانه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعى فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت أما تجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأبى الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس قال (والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الخ) الشاهد في الحدود يخير بين أن يستر وأن يظهر لانه مخير بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر أفضل نقلا وعقلا أما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمى لو سترته بثوبك وفى رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا

والآخرة وما روى من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم فان فيها دلالة ظاهرة على أفضلية الستر قيل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد وأجيب بان الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فى الستر والدرء متواتر فى المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد فى ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثانى فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله

(والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار)

أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد فى تأكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا بخلاف سائر المعاصى التى تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضى قريبا فان كان بعيدا فعن نصران كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله فى يومه يجب لانه لا ضرر عليه ولو كان شيخا لا يقدر على المشى فاركبه الطالب لا بأس به وعن أبى سليمان فيمن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهى اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل فى النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشى ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا ان كان مهيأ قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن أبى يوسف رحمه الله تقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه أبى بكر فيمن لا يعرفه القاضى ان علم ان القاضى لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفى العيون ان كان فى الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعى فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة فى الحدود) أى الاداء فى الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهى فى القرآن وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذى

هذا فيما اذا لم يقصد ضده كالامر بالقيام فى الصلاة ليس بنهى عن القعود قصدا وأما اذا كان ضده مقصودا كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذ ضده مقصود بنهى صريح وكذا النهى عن الشئ أمر بضده اذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله ولان الامر بشئ له ضد واحد يقتضى افتراض الضد ليحقق موجب النهى فان الانتهاء عن الكتمان فى قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الا باداء الشهادة فكان أداء الشهادة فرضا كفرضية الانتهاء عن الكتمان (قوله والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار) لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك والستر أفضل

(قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا (قوله لان معنى كلامه الى قوله فلا مخالفة حينئذ) أقول فيه بحث فان سببية الشئ للشئ لا يكون الا بعد وجود الشئ الاول فالوجود داخل فى جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل عللا أخرى فافهم (قوله قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول الاول مسلم والثانى ليس كذلك قال فى التوضيح فى تعريف الحكم الخطاب نوعان اما تكليفى وهو المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واما وضعى وهو الخطاب بان هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لها (قوله ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ) أقول العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد أى شهداء الديون (قوله وقيل ان الخبر الاول ورد فى ماعز) أقول اذا كان واردا فى حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله للذى شهد عنده فتامل (قوله لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول التخصيص اضافى

لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر

شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمعروف فى الحديث أن هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك فى الموطأ عن يحيى بن سعيد بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير فى قوله سترته ماعز رضى الله عنه مروى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه أن ماعز بن مالك أتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده أربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وان هزالا هو الذى أشار على ماعز أن يأتى النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا انما حد بالاقرار أخرج أبو داود عن ابن المنكدر أن هزالا أمر ماعزا أن يأتى النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدى وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد فى الطبقات وفيه قال فى هزال بئسما صنعت لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يارسول الله لم أدر أن فى الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبى هريرة من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه البخارى ومسلم وتلقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم أى تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده الى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة قال أتى بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فاعاد مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا الحديث قدمناه فى الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهى أخبار آحاد وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة فى طلب الستر بلغت مبلغا لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها أو هى مستند الاجماع على تخيير الشاهد فى الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص وأما المقارنة فانما هى شرط التخصيص فى نفس الامر وهذا التخصيص الذى ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه فى التعارض من كتاب تحرير الاصول من أن الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يحمل على تخصيصه به فاذا وجب للجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو انها ليست تخصيصات أول (١) كما أنا اذا رجحنا فى التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتهما تضمن حكمنا أن المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعترض بعض متأخرى الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم فى تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كله اذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة فى الدين المذكور أول الآية أى قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأبى

لقوله عليه السلام للذى شهد عنده ولو سترته بثوبك لكان خيرا لك فان قيل هذا الذى ذكره معارض لاطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة قلنا هذه الآية محمولة على الشهادة فى حقوق العباد بدليل سياق الآية وهى آية المداينة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى الى أن قال ولا يأبى الشهداء الى ولا تكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور والدليل العقلى سالمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وأفضلية الستر على ما هو المذكور فى الكتاب

تعالى غنى عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فبقى صيانة عرض أخيه المسلم ولا شك فى فضل ذلك

فان قيل فى عتق الامة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتامل ويحصل الجواب أن التخصيص اضافى بالاضافة الى حقوق الله تعالى التى تستوفى لا حقيقى أو نقول المراد الخوف أو الكتمان فى الحقوق التى تستوفى انما يحرم الخ

(١) قوله أول بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى

(قوله الا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه (٤٥٠) فيقول أخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان

(الا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ) احياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص.

الشهداء يعني بذلك الدين فظاهر (قوله الا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله مخير في الحدود فانه يقتضي أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان أتلفه (قوله والشهادة على مراتب) أربعة منها (الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى أربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فتقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وأيضا هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان

والمعنى فيه ان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى احياء حقه من الاموال وذلك في حقوق العباد وأما الحدود فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك أن يختار الشاهد جانب الستر وكان هو أفضل صيانة لهتك عرض أخيه المسلم (قوله منها الشهادة في الزنا) يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فان قيل في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد قلنا المقادير في الشرع لمنع الزيادة أو النقصان أو لمنعهما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة فكان هذا اقتضية متلقاة من جهة الشرع فينتهى الى ما أنهانا الشرع اليه (قوله والخليفتين من بعده) أبو بكر وعمر رضي الله عنهما

وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال (والشهادة على مراتب رتبها) الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها وأما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين) يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصهما بالذكر لما

(قال المصنف الا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة) أقول استدراك من قوله مخير في الحدود اذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه (قوله ولفظ أربعة نص الخ) أقول فيه بحث الا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده) أقول اذ توقف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق ولان

ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر (ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال) في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله (قوله ولا تقبل شهادة النساء) ويجوز أن يكون جوابا عما يقال فالآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل (٤٥١) وامرأتان وليست شهادتهن فيها

لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتاق والعدة والحوالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا أنها قبلت

الحق مالا أو لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وكقول الشافعي رحمه الله قال مالك وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه بخلاف

(قوله ولان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان قيل هذا النص ورد في المداينات لما مر فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه الآية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرة بالاقرار ومرة بالشهود ولا حق يثبت شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود ومن سائر الحقوق بقية الحدود فيثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس أن يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركناه ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (قوله كما ذكرنا) اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية (قوله والوصية) أي الايصاء لانه في تعداد غير المال (قوله ونحو ذلك) كالعتاق والنسب (قوله وتوابعها) كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل

مقبولة ووجهه أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن أوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا أتخصيص أم نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة أو النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه لصدر الاول بالقبول فكان مشهورا تجوز الزيادة به قال (وما سوى ذلك من الحقوق الخ) وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أي الوصاية لانه في تعداد غير المال (ونحو ذلك) يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها) كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة (ولهذا) أي ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد) لكثرة وقوعها وتوخطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا أو أقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ❁

(قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار اليه مع امكان المبدل منه فليتأمل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذكورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تامل

(ولنا أن الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي (ولهذا) أي ولكون القبول أصلا فيها (قبل اخبارها في الاخبار) ولقائل أن يقول ماذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة اما أن يكون علة لها أو شرطا لا سبيل الى الاول لان أهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا جمعا ولا فرادى والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعا ولا فرادى على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ماذكر من الحرية والاسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضا وفاته أحد الامور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الاداء اذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وان كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف أي أهلية قبول (٤٥٢) الشهادة (قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه أن يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الانسانية أربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في وهذه

في الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا ولنا أن الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات

النكاح فانه مع كونه أعظم خطرا أقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ولذا قال تعالى في الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف (ولنا أن الاصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم أثبت هذه بوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط أهلية الاداء لا أهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لاحاديث الاحكام الملزمة للامة فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم ان جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق حينئذ الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وأما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس كأنه كي لا يكثر خروجهن

وشرط الخيار (قوله لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أي أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء اذ في لفظ الكتاب نوع اختلال لان بها لا يثبت بها أهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم (قوله ونقصان الضبط بزيادة النسيان) جواب عن الشافعي رحمه الله بقوله الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك النقصان انجبر بضم الاخرى اليها

(قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أقول يعني أهلية قبولها فالمضاف مقدر (قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول والا لكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلا للشهادة (قوله لعدم توقفها عليها) أقول لتقدم أهلية الشهادة على الاداء (قوله كذلك) أقول لا جمعا ولا فرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط) أقول يعني أهلية الشهادة (قوله فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية الا أن يرتكب التأويل في كلامه بان يراد بالعلية المدخلية فيها (قوله وهو القبول) أقول أي أهلية القبول (قوله ولم يذكر الجواب عن الخ) أقول فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلهن) أقول في صحاح كتاب الايمان من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحى أو فطر الى المصلى فمر بالنساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني أريتكن أكثر أهل النار فقلن وبم يا رسول الله فقال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب

مبدأ فطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان نسيت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم هن ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتامل (قوله وعدم قبول الاربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة

الرجل الحازم من احداكن قلن وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله فقال أليس شهادة (٤٥٣) المرأة مثل نصف شهادة الرجل قلن بلى قال فذلك من نقصان عقلها قال أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم قلن بلى قال فذلك من نقصان دينها انتهى الحديث الشريف وأنت خبير بان ماذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث (قوله في تحصيل البديهيات الخ) أقول فيه انهن لوجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لا يخفى (قوله لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك) أقول فيه ان تكليفهن دون تكليف الرجال الا يرى أنه لا تفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتامل في جوابه (قوله ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة) أقول

وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول

(قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعي أربعا ومالك ثنتين له ان كل ثنتين يقومان مقام

(قوله وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات) اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يثبتان مع الهزل والاكراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل فلما ثبت هذه الاشياء أعني البيع وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان تثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل أولى وأما الوكالة والوصية والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها مع الشبهات فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضا وان كان فيها شبهة البدلية ويقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أولى وفي باب شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمتنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا (قوله والجمع المحلى باللام يراد به الجنس) أي اذا لم يكن ثمة معهود والكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع وعلى ابن أبي ليلى في اشتراط الثنتين ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح مالكا مكان ابن أبي ليلى

ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية (قوله والعيوب من النساء في موضع الخ) أقول قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الاصبع الزائدة (قوله فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة) أقول فيه شئ فان ماذكره هو قصر الصفة على الموصوف ثم لا يخفى انه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكري فانه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات فالاصوب أن يقال سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتامل (قوله لا عكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول عبارة النهاية ثم اعلم انه ذكر ههنا ثلاثة أشياء ثم خص شهادة امرأة واحدة وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل أيضا فيهما الا انه ذكر في الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر في باب شهادة النساء من شهادات المبسوط وقال ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى بعبارته أقول القياس على سائر المراتب أي مراتب الشهادة يقتضي

رجل واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال أن الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله (ولانه) دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس أخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فصار اليه الا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أي حكم شهادة امرأة (٤٥٤) واحدة في الولادة (شرحناه في الطلاق) يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امرأته وعندهما تشترط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لابد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لابد أن ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك واقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لابد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع لتمسكه بالاصل على

الاقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) وأما حكم البكارة فان شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة أصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانها من أمور الدين وعندهما تقبل في حق الارث أيضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن

رجل ولمالك أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الاصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم يمكن اعتبارها في العهد اذ لاعهد في مرتبة مخصوصة من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر أحسن فقلنا كذلك وروى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورواه ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج أخر قال المصنف (ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق) أي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل

(قوله لان نظر الجنس أخف لعدم الشهوة) ولهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة والرجل الرجل فكذا يسقط اعتبار العدد أي لان نظر الجنس الى الجنس أخف يسقط اعتبار العدد شرطا ليقل النظر وبقي احتياطا والمثنى والثلاث أحوط لما فيهما من معنى الالزام ولهذا يشترط فيها الحرية والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القاضي (قوله ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب وهو قوله اذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة ثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة (قوله والعيب يثبت بقولهن) أي في الحال وقيام العيب في الحال شرط لصحة الخصومة فيحلف البائع بانه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية التحليف ان كان بعد القبض بالله لقد سلمها وهي بكر وان كان قبله بالله انها

ما ذكره في النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء الخ) اقول دليل لاصل الدعوى (قوله ينصرف الى الجنس) أقول اذ الكل ليس بمراد قطعا (قوله فعملنا بهما الخ) أقول فيه بحث اذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله وان قلن انها الخ) أقول وفيه بحث يعلم من

فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال وتحمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده وأما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لانه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعندهما في حق الارث أيضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولا بد في ذلك كله من العدالة الخ) لابد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون (٤٥٥) حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت (أما) اشتراط (العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولان) الشهادة حجة باعتبار الصدق و(العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وما سواها معدات (لان من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضا وعن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول) يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان أولا (أصح) لان قبولها اكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه

على نفس الولادة قال (ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح

فقال فاجأتها فاتفق نظري اليها تقبل اذا كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها فانكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء فان قلن هي بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وأما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح (قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولان العدالة هي المعينة لجهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح اخبار المدعي بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس) كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لانه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح) لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا

بكر (قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة) أي في جميع ما تقدم (قوله والاول أصح) وهو عدم

قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف (قوله فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب الخ) أقول فيه انه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ فان الحكم في شهادة الرجال بالعيوب كالاباق كما ذكرههنا بلا فرق فليتامل والجواب أن الفرق فيما اذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشتري اذا حلف البائع كاف في ضعف حجتها وفيه تامل (قوله ثم يحلف البائع الى قوله كانت في يده الخ) أقول فالجواب فيما قبل القبض (قوله وأما اشتراط العدالة الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم) أقول فان قيل بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق واذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة قلنا المطلق ينصرف الى الكامل (قوله وما سواها معدات) أقول فيه بحث الا أن يحمل على المعد المصطلح قال المصنف (ويمتنع عن الكذب لمروءته) أقول تجيء

بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروءة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها
اذ الامر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال صلى الله عليه وسلم اذا
علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولان قوله أشهد
من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه التعظيم فيجوز تبديل ماهو أصرح فيه به (قوله في ذلك كله) يريد به ماوقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الالزام

الا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح والمسئلة معروفة وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها

يقبل (الا أن القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غايتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ كاعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احترازعما قال العراقيون من عدم اشتراط

قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذا وجاهة أو لم يكن وذلك لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد كما قال عليه السلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة شرعا فلهذا لا تقبل شهادته (قوله وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها) أي ورد نظم النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد والاستشهاد نحو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا لفظ التكبير ورد النص بلفظه قال الله تعالى وربك فكبر ومع ذلك أجاز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تبديله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله أجل والله أعظم قلنا التكبير للتعظيم وفي قوله الله أعظم صريح التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا ويذكر للقسم استعمالا فلما كان كذلك فالحكم المعلق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جوازه معلقا بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس فيراعى جميع ماورد فيه النص من الذي ورد لفظة الشهادة فيراعى فاما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا (قوله في الولادة وغيرها وهو الصحيح) احترز به عن قول العراقيين وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله في قوله القابلة في مسئلة الولادة وهل يشترط لفظ الشهادة ففي شرح أبي بكر رحمه

المسئلة في باب من تقبل شهادته وفي التعليل مغايرة (قوله بوجه مكفهر) أقول أي شديد العبوس (قال المصنف اذ الامر فيها بهذه اللفظة) أقول فيه كلام لانه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ماذكره وجوابه أن الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم للقاضي لا مطلق الاخبار فتأمل (قوله ولان في لفظة الشهادة) أقول الاولى أن يجعل هذا وجه الدلالة النصوص على الاشتراط اذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا مستقلا على المدعى كما فعله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول جواب عما يقال ما الفرق بين الاوامر المشتقة من شهادة وبين غيرها من الاوامر حتى روعي في الاولى اللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبير (قوله اذ لا وصول الى القطع) أقول يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى أن يقال يكتفى بالظاهر للاستحقاق اذا لم يكن ثمة منازع كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهنا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم في الشهود

حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة
فاذا أقام المدعي الشهود فلا يخلو اما أن يطعن الخصم أولا فان كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا
يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروى مثل ذلك عن عمر
رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعي
استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما أشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول
المزكي في التعديل أيضا عمل بالظاهر لان الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا فيدور أو
يتسلسل ويجوز أن يقال الظاهر ههنا اعتبر للرفع لا للاستحقاق وبيان ذلك أن دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا (قوله الا في الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على مايسقط به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح

شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم

لفظ الشهادة لانها خبر كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ماذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر عدل القاضي بمجيء رمضان يقبل قوله ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء أما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد اه ولهذا احتاجوا الى الحيلة في اثبات الرمضانية قالوا يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان لان اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره أيضا في شهادات الخلاصة واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا (قوله قال أبو حنيفة) يعني لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظورات فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقدمناه بعض وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه وأخرجه البيهقي من طريق آخر غير الطريقين جيدة واذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ماعرف احتيالا للدرء بما يعجز عن التزكية

الله قال مشايخ بلخ وبخارا يشترط وقال العراقيون لا واتفقوا على انه تشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام (قوله وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع) جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب أن لا يكتفى بالظاهر فاجاب أن الظاهر قائم مقام الدليل

(قوله وبيانه أنه لم يكتف الخ) أقول والاظهر أن

يبين عدم امكان الوصول الى القطع لو زكى فان المزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان أقصى مايستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية اذ لا ينسد احتمال فساد الاعتقاد مثلا فتأمل (قوله فالجواب ما أشرنا اليه بقوله) أقول الظاهر أن يقال ما أشار اليه بقوله (قوله ويدور أو يتسلسل) أقول مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة اندفع الخ) أقول فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول بل من قوله يقتصر الحاكم (قوله ولان الشبهة فيها دارئة) أقول فيه بحث فان وجه السؤال اذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس الا انه يحتال لاسقاطها فاندرج هذا التعليل في التعليل الاول فما وجه عده تعليلا مستقلا فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الاول لكان أولى

وقال أبو يوسف ومحمد لابد أن يسال عنهم فى السر والعلانية فى جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهى شهادة العدول فلابد من التعرف عن العدالة وفى السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (اختلاف عصر و زمان) لان أبا حنيفة أجاب فى زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما أجابا فى زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك

أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال (والفتوى على قولهما فى هذا الزمان) قال (ثم التزكية فى السر الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية فى السر وتزكية فى العلانية فالاولى (أن يبعث القاضى المستورة) وهى الرقعة التى يكتبها القاضى ويبعثها سرا بيدأ مينه الى المزكى سميت بها لانها تستر عن نظر العوام (الى المعدل) مكتوبا (فيها النسب والحلى) بضم الحاء وكسرها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره (والمصلى) أى مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغى أن يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال وفقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ احترازا عن الهتك أو يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضى بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل الى الحاكم وينبغى أن يكون كل ذلك فى

فيهم يسال عنهم لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا للترجيح (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لابد أن يسال عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق) لان القضاء مبناه على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر و زمان والفتوى على قولهما فى هذا الزمان قال (ثم التزكية فى السر أن يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى و يردها المعدل) كل ذلك

فيندرئ الحد وهو مطلوب وأورد أن الظاهر انما يكفى للدفع والشهادة توجب الاستحقاق وأجيب بان الظاهر فى الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذى لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل وقال أبو يوسف ومحمد لابد أن يسال عنهم طعن الخصم أو لم يطعن فى سائر الحقوق فى السر والعلانية وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما يسأل اذا شك وانما قلنا لابد من السؤال مطلقا لان القضاء يبنى على الحجة وهى شهادة العدول فلابد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك ولا يخفى قوة دليل أبى حنيفة على ذلك وكونه لابد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما الاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة و برهان وذلك لان الغالب فى زمان أبى حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل بانه أفتى فى القرن الثالث وهو المشهود لاهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا فى القرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة رحمه الله توفى فى عام خمسين ومائة فكيف أفتى فى القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون فى الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذى يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذى يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان أكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق بمجرد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض * فرع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية فى السر أن يبعث المستورة) وهى الورقة التى يكتب فيها القاضى أسماء

القطعى لما انه لا امكان للوصول الى الدليل القطعى وذلك لانه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج الى تزكية المزكى وقبول قول المزكى فى التعديل أيضا عمل بالظاهر لما أن المزكى فى قوله عدل غير كاذب لان المزكى مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر يجب أن لا يكتفى بظاهر عدالة المزكى أيضا لانه عمل بالظاهر فحينئذ يحتاج الى مزك آخر فى تعرف عدالة المزكى الاول وكذلك فى الثالث والرابع وهذا أمر يؤدى الى التسلسل وقولهم أن الظاهر لا يكفى للاستحقاق فلنا قد يكفى له اذا لم ينازعه آخر ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشترى فى ذلك وههنا أيضا كذلك لان كلامنا فيما اذا لم يطعن المدعى عليه فى الشهود ولو طعن فحينئذ يسال عنهم كما لو نازع المشترى الشفيع فيما فى يد الشفيع بانه لا ملك له فيه (قوله لانه تقابل الظاهران) لان الظاهر أن لا يطعن كذبا (قوله وفيه صون قضائه عن البطلان) أى على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا يبطل القضاء (قوله

(قال المصنف لابد أن يسال عنهم فى السر والعلانية) أقول لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التى تضمنها الكلام فتامل (قال المصنف ثم التزكية فى السر أن يبعث الخ) أقول فيه تسامح فانه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكى لكن المراد معلوم

فى السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفى العلانية لابد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفى شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر فى زماننا تحرزا عن الفتنة و يروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد

سرا كى لا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذى عدلته يشير الى الشاهد لتنتفى شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان فى الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها فى عهد الصحابة رضى الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى (ووقع الاكتفاء بالسر فى زماننا) لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى (يروى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد

(قوله كى لا يظهر فيخدع) أقول بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول الصواب أو يقصد بالاذى على تقدير الجرح

الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى أى مسجد محلتهم و ينبغى أن لا يختار الا معدلا صالحا زاهدا كى لا يخدع بالمال مأمونا أعظم من يعرفه فى هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسال عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم و يكون المزكى صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لا منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا أهل مجلسه يسالهم عنه فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن ابى حنيفة يجوز فى تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز فى تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيهما ما يشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هؤلاء يقبل خبره فى الامر الدينى اذا كان عدلا كما تقبل روايته للاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكى هو عدل مرضى مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفى فتاوى قاضيخان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك او يقول والله أعلم الا اذا خاف أن يقضى القاضى بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستور ثم يرد المستورة مع أمين القاضى اليه كل ذلك فى السر كى لا يظهر الامر فيخدع المزكى أو يقصد بالاذى وأما العلانية فلابد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفى شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضى اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر فى زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة وقد روى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول

أن يبعث المستورة الى المعدل) المستورة اسم للرقعة التى يكتبها القاضى و يبعثها سرا بيد أمينه الى المزكى سميت بها لانها تستر عن نظار العوام وفى المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون وغيره والجمع حلى بالضم والكسر والمصلى قيل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة وهو الظاهر وصورة تزكية السر أن يبعث رسولا الى المزكى أو يكتب اليه كتابا فيه أسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يتعرف المزكى فيسال عن جيرانهم وأصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر أو يقول والله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضى بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى مستور وصورة تزكية العلانية أن يجمع القاضى بين المعدل والشاهد و يقول للمعدل أهذا الذى عدلته أو يقول للمزكى بحضرة الشهود أهؤلاء عدول مقبولو الشهادة وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول أى فى عهد الرسول عليه السلام وأصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف من المدعى ولا من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق ولا يقابلونه بالاذى لو جرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر فى زماننا وتركت تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى يقابلون الجارح بالاذى قال ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله أقبل فى تزكية السر المرأة والعبد والمحدود فى القذف اذا كانوا عدولا ولا أقبل فى تزكية العلانية الا من أقبل شهادته لان تزكية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به أمر دينى وقول هؤلاء فى الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا ألا ترى انه يقبل روايتهم فى الاخبار عن رسول الله عليه السلام و يجب الصوم بقولهم وأما تزكية العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كما لا يجب الا بالشهادة حتى شرط فى المزكى فى تزكية العلانية ما هو الشرط فى الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر وأن لا يكون محدودا فى قذف سوى لفظ الشهادة وعلى هذا تزكية الوالد لولده فى السر جائزة لانها من باب الاخبار كذا فى الذخيرة وأول من سال فى السر

يعـدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لايسال القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسال عن عدالته قال أبو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سال لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا و يقبل اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق (وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده) هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل (ووجه ظاهر (٤٦٠) الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معـدلا) لاشتراط العدالة فيـه بالاتفاق ولقائل أن يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا) ومثله ليس باقرار بالحـق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب أنه لا اقرار فيـه بالنسـبة الى ما عليـه لانه نسـبهم في ذلك الى الخطا والنسـيان فأنى يكون اقرارا قال (واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عـن الشهود) بلفظ المبني للمفعول (واحد اجاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان) ذكر في شرح الجامـع الصـغير أن المـراد بالرسول ههنا هو

يعـدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن الشـهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هـم عدول الا أنهـم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق (واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عنـد أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منـه المزكي

المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عـدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهـذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة رحـمه الله تفريعا على قول محمـد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المـدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطـل في اصراره فلا يصلح معدلا لان العـدالة شرط في المزكي بالاجماع وعن أبي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته أي تزكيـة الخصم لان العـدد عند محمد في المزكي شرط وموضوع المسئلة أن يقول هم عـدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هـذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسال المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشئ * (فروع) اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحـدا جاز والاثنان أفضل وهذا عنـد أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمـد لا يجوز الا اثنان والمراد) من رسول القاضي (المزكي) وهو المسؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسال عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهـد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحـمد في

شريح رضي الله عنه حتى قيل له أحدثت يا أبا أمية قال أحدثتم فاحدثنا (قوله وفي قول من رأى أن يسال عن الشهود) أي قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعا على قولهما وذكر قاضيخان رحمـه الله في جامعه ثم فرع أبو حنيفة رحمه الله على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة لم يقبـل قول الخصم أي المدعى عليه (قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشـهود) أراد به المرسل الى القاضي وهو المزكي

(قال المصـنف وهذا أصح) أقول الاظهر أن يعمل بالقيل الاول في ديارنا (قوله على قول من وعلى يقول بالسؤال اذا سال) أقول يعني اذا سال القاضي (قال المصنف ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اسراره) أقول قال العلامة علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير وهذا كله اذا جحد الخصم فاما اذا كان ساكنا وهو ممن يجوز أن يرجع اليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح وكان كافيا عند أبي يوسف وعند محمد يضم الى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى ويفهم ذلك من اشارة الهداية أيضا (قال المصنف وموضوع المسئلة اذا قال انهم عدول الخ) أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد فاذا كان المدعى عليه عدلا يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله الآن يقال شهادة الشهود تتضمن جرحه

المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي) ورسول المزكي الى القاضي (والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها (يشترط فيها ما يشترط فيها من العدد وغيره كما تشترط العدالة وتشترط الذكورة فيه في الحدود) والاربعة في تزكية شهود الزنا (ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العـدد في الشهادة أمر حكمي ثبت بالنص على خـلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار (٤٦١) فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركناه ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيـل فتلحق بها بالدلالة وموافقـة القياس ليست بشرط فيها فالجواب أنه انما ألحق لو كان في معناه من كل وجـه وليس كذلك بالاتفاق فتعـذر الالحاق والتعـدية جميعا (قال ولا يشترط أهلية الشهادة الخ) تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها أهلية الشهادة فصلح العبـد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه (فاما تزكية العلانية فهي شرط وكـذلك العدد بالاجماع عـلى ما قاله الخصاف) وفيه بحث لان اشـتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكيـة السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانيـة والجواب ان الخصاف شرط أن يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز أن يكون العـدد شرطا في أحدهما

وعلى هـذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحـدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيـه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر) حـتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله
*(فصل * وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه

رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشـترط العدالة ولذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهـما أنه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يسـتلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلها وما لا فلا يلزم والتزكية لا يسـتند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا لا علة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة أمر تحـكمي في الشهادة يعني تعبـدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا اذ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعـداها أي لا يتعـدى الشهادة الى التزكية وهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع أن الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا أنه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم *(فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه)*
(قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم

(قوله على هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي) معناه من ينقل قول المزكي الى القـاضي بعـد ما بلغ قول القاضي الى المزكي (قوله واشـتراط العدد أمر حكمي) أي أمر ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حـق العمل بالعدالة لا بالعـدد كما في رواية حـديث النبي عليه السـلام وفي حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معـنى لاشـتراط العدد في الشهادات لكنا تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيـان العدد فلا يتعداها أي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله أعلم
(فصل) (قوله أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أي لا يحتاج فيه الى الاشهاد بل يجوز أن يشهد بدونه ولا

دون الآخر واليـه أشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانيـة غير المزكي في السر أما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية *(فصل)* لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين أحدهـما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج الى الاشهاد

(قال المصنف وكذا العدد بالاجماع) أقول اذا كان المستند هو الاجماع لا يرد شئ مما يختلج بالاوهام *(فصل)* فيما يتحمله الشاهد (قوله في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد) أقول أراد بالجمع معنى المثنى كما لا يخفى (قال المصنف أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول أي يثبت حكمه كما في القسم المقابل ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه أي ما لا يحتاج الى

مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ماهو الركن فى جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا فى الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط وأجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب) يحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بان قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النغمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النغمة) والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء

الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى قال الفاضل الشهير بحضرشاه كذا فى النهاية وليس

مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه) لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الركن فى اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قال (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني) لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم

قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة ما على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقولي ولا يقول أشهدني لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو أى علم الموجب الركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله فى اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء فى ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فأفاد أن من شهد عالما بحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فأمر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بانه لو قال له لا تشهد على بما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك على كذا أو غير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفى الخلاصة

كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك فى المبيع للمشتري وفى الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا فى الظاهرة وأما الشهادة فى مالا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد أى فيما يعرف بالسماع مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم أو رآه كالغصب والقتل وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الركن فى اطلاق الاداء أى فى تجويز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون والتمسك بالآية على قوله وسعه أن يشهد به لانه أطلق أداء الشهادة بمجرد العلم

كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ماوضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا تثبت الحكم بنفسها بل اذا نقله الى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري أن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الاعلام انتهى وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري فى المبيع وفى الثمن للبائع ثبت بنفس العقد وكذا فى نظائره أما الشهادة مما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما فى النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى (قال المصنف مثل البيع) أقول الظاهر أن المضاف محذوف أى مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول أى مثل ما يتحمل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول اذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول وكالبيع اذا كان بالتعاطي (قوله بما يوجبه) أقول متعلق بعلم (قال المصنف قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) أقول وأنت خبير بان العلم هنا وفى الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل (قوله قيل جعل العلم بالموجب ركنا فى الاداء) أقول بل هو ركن فى اطلاق الاداء أى فى تجويز الاداء (قوله واذا موضوعة للشرط) أقول ان أراد انها موضوعة للشرط المصطلح عليه فى عرف الفقهاء فمسلم والسند ظاهر وان أراد أنها موضوعة للشرط النحوي فمسلم ولا يفيد لانه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فان القيام اليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به فى الاصول (الا

وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليس رؤية الوجه شرطا ذكره فى الذخيرة لانه حصل العلم فى هذه الصورة قال (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثاني من الشهادة مالا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم مالم يشهد فاذا سمع شاهدا

(الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس فى البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد) لانه حصل العلم فى هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته الا أن يشهد عليها) لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه

اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب فى الحال والحديث رواه الحاكم فى المستدرك والبيهقي فى المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد أو دع صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم أن النسائي ضعفه ووافقه ابن عدي وفى العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد ولو شهد وفسره للقاضي بان قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا أحاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير أن رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الاقرار أو البيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم فى هذه الصورة ونحوه ما فى الاقضية ادعى على ورثة مالا فقالا نشهد أن فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم ولم يعلما كم وزنها ان فهما قدرها وانها دراهم وان كلها جياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فاذا شهدا به جاز وفى الفتاوى اذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز أجل فى هذه المسئلة ووضعها فى الخلاصة وغيرها هكذا (الشهادة على امرأة لا يعرفها) سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهرزاده وفى النوازل قال يشترط رؤية شخصها وفى الجامع الاصغر يشترط رؤية وجهها وأنت تعلم أنه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت أن التعريف يفيدها تمييزا لزم أن لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهرزاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد حينئذ يجري الخلاف المذكور وأنه يكفي فى المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة ويوافقه ما فى المنتقى تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فماتت فشهد عنده أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها انها له فى الخلاصة وفى المحيط شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي أتعرفانها فان قالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري أنها هذه

وقد حصل ذلك بالرؤية فى المرئيات وبالسماع فى المسموعات والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله حالا فى قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرطا فى قوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وانما جعله ركنا لزيادة تأثيره فى توقف صحة أداء الشهادة على العلم (قوله فلا بد من الانابة والتحميل) لانه تصرف على الاصل من حيث الولاية فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من

يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته لان الشهادة) أى شهادة الاصول (موجبة بالنقل الى مجلس القضاء) ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل لا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

(قوله وشهد عنده اثنان) أقول الظاهر أن يقال أو شهد فان فى الصورة الاولى تمس الحاجة الى الشهادة اذا علم أن الكائن فى داخل البيت من هو (قال المصنف فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز أن يشهد الخ) أقول علله العلامة النسفي فى الكافي بقوله لانه تصرف على الاصل من حيث الولاية فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه انتهى ولامر ما ترك دليل صاحب الهداية الى هذا فليتامل فى أنه هل يمكن ارجاع ما فى الهداية الى ما ذكره صاحب الكافي بان يجعل دليلا على صحة تفريع قوله فلا بد من الانابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح قال المصنف (وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القاضي) أقول قال الزيلعي وصاحب النهاية ولهذا تعتبر عدالة الاصول انتهى وقال ابن الهمام وهذا الاطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانه حينئذ ملزمة انتهى وفيه تأمل سيجيء فى العناية فى باب الشهادة على الشهادة نقلا عن الفوائد الظهيرية وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل يشهد بالحق عند القاضي فى مجلسه

فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح ببيان ماهو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا أن النقل لا بد منه ولكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلك أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال (ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه الخ) الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له (أن يشهد لان الخط يشبه الخط) والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم (قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله) بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء (وعندهما يحل له ذلك) رخصة (وقيل هذا) أي عدم حل الشهادة (بالاتفاق) وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة

يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لانه ما حمله وانما حمل غيره (ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف

أم لا صحت الشهادة وكلف المدعى أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هنالك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة فهذا ونحوه يفيد ما قلناه ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد على شهادته الا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لانه ما حمله وانما حمل غير وهذا الاطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة *(فروع)* كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كتبت تتقاضى الالف التي لك على وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي على خمسمائة أو كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسأليني الطلاق فانت طالق طلقت ساعة كتب وينبغي لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأه عليهم قال علماؤنا لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه اذا قرأه عليهم أو رأوه يكتب وهم يقرؤنه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم اشهدوا على بما فيه ولو قرأه عليه فقال الشاهد ان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا في الاخرس ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا على بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه وعن أبي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم أنه انما يجوز لهم أن يشهدوا في المسئلة السابقة اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنوان كما هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا اشهدا على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الاقرار والطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم أن يشهدوا بانه بين الجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار (قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا اذا تذكر شهادته) التي صدرت

الانابة والتحميل منه (قوله وقيل هذا بالاتفاق) اشارة الى أول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه

انتهى وفي لطائف الاشارات ولا يشهد على شهادة غيره بلا اشهاد لانه نقل فلا بد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجلس الحكم (قوله لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل) أقول ولهذا لو نهى عن الشهادة بعد اشهاده لا يصح نهيه ويجوز له أن يشهد (قوله لكن تحملهم انما يصح ببيان ماهو حجة) أقول اذ لا فائدة في تحمل ما لا يصير حجة ثم المراد من قوله ماهو حجة كونه حجة في المآل (قوله والشهادة الى قوله بما هو حجة) أقول اذ لا علم لهم قبل النقل بكونها حجة فلعل القاضي لا يقبلها لامر لا يحيط به علم الشاهد (قوله ولكن توقفه على التحميل محتاج الى بيان) أقول ويمكن أن يبين بانه اذا لم يكن بل تبين تقبل شهادة الاصول وظاهر أن نقلها تصرف على الاصل فيما من حيث هو وال. ولا يتم في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الاشهاد فلا بد من التحميل كما في سائر الولايات (قوله فلو سلك أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل الخ) أقول كيف يتحدان والشهادة صفة الفرع والتحميل صفة الاصل الا أن يقال انهما كالتعليم والتعلم والايجاب والوجوب وفيه نظر نعم الاشهاد على الشهادة تحميل كسائر الاشهادات لكن الكلام في احتياج الشهادة الى الاشهاد (قوله لانا لا نعني بها الا ذلك) أقول يعني على مذهبهما ثم نقول فيه بحث فان احتياج الشهادة على الشهادة الى التحميل محتاج الى البيان بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة (قال المصنف وانما الخلاف الى قوله يؤمن عليه الخ) اقول قوله او قضيته اى حكمه يعني فيما جوزه لان ما يكون الخ ودليل ابى حنيفة لعدم التجويز قدمر آنفا وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا

فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت

منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي ولم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الائمة قال المصنف قيل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود اديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن احمد وعند أبي يوسف ومحمد اذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا رأى قضيته اى رأى حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطرة ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما وشمس الائمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم وأما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاثة وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وأبو يوسف في مسئلة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده أو يد أمينه وفي مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان الا أني أرى أنه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من التغيير كان يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكي خطوطهم حتى اني رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيها مالكيا شاعرا أديبا فصيحا وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الانسان بين خطيهما أصلا ودمامين بالنون بلدة بالصعيد ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه وهذا قول أبي يوسف ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد اذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد وقال في المجرد قال أبو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيئا من ذلك فان أنفذه قاض غيره ثم اختصموا اليه فيه أنفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد أنه لو ذكر للقاضي اني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل فانه لم يحك خلافا ولو نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته

أن يشهد (قوله وعلى هذا اذا ذكر المجلس) أي لا يحل للشاهد أن يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه

وشهود شهدوا عنده واشتبه في قمطره أي خريطته وجاء المشهود له بطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم (أو قضيته) أي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما حصل المقصود بالكتاب انجازه له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل اليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر (ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا) الاختلاف (اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وأنت) فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه (الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة) بالاشتقاق

الكبير وقد تقدم معناه فى أول الكتاب (وذلك بالعلم) أى المشاهدة وكأنه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فانه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهد (ووجه الاستحسان أن هذه) الامور الحسن ولم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها (امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس) لا يطلع عليها الا هم

(قال المصنف ولا يجوز للشاهد الى قوله وولاية القاضى) أقول سيجيء فى آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة فى الاموال بالتسامع (قوله قد تقدم الخ) أقول فى الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول حيث تكلم فى أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه من المواجهة وقال هناك الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب فى اللفظ والمعنى ويجوز أن يكون الثلاثى مشتقا من المنشعبة بهذا الاشتقاق (قوله وكأنه من باب القلب) أقول يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ (قوله ويجوز أن يكون الى قوله ولم يحصل) أقول السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل الا أن يقال الالف واللام عوض عن المضاف اليه أى من أسباب علم المشاهدة فليتامل (قال المصنف وجه الاستحسان الى قوله خواص من الناس) أقول الظاهر أن اعتبار الاسباب لا يستقيم فى غير النسب والقضاء الا أن يحمل على التغليب وفيه شئ

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس

للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التى رواها محمد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهى ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا والله أعلم ان فى تخريج المسائل الست اشكالا لان المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبى حنيفة ذلك على ما صرح به فى الهداية فيما اذا صلى أربعا وترك القراءة فى احدى الاوليين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء أربع فقال أبو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف فى الاصول ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والاصوليين أن رواية الفرع ترد فى ذلك بخلاف ما اذا نسى الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغى اعتبار قول محمد رحمه الله نعم اذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على أصول أبى حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه) أى لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع الا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى فانه يسعه أن يشهد بهذه الامور اذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفى الموت اذا قلنا يكفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق أو بتواتر الخبر بذلك وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قلما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضى لا يقضى بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد موته أو سمع ممن شهد ذلك ذكره فى الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخصاف فى الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار ويقع فى قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفى الفصول عن شهادات المحيط فى النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبى حنيفة وعندهما اذا أخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وأبو بكر الاسكاف كان يفتى بقولهما وهو اختيار النسفى وفى النكاح لم يشترط المصنف مع رؤية دخوله الى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعى ورواية عن مالك والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحدا بعد اشتراكهما فى الحروف الاصول والمشاهدة منتفية يعنى القطع فلا تجوز كما فى البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره ووجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك وذلك بسبب أنه لا طريق الى

الشهادة ولم يذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه فى الشهادة (قوله والدخول) لانه أمر

ويتعلق

(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالارث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قضايا القاضى وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب فى الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى ذلك) وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل أحد فان قيل هذا الاستحسان مخالف الكتاب فان العلم مشروط فى الكتاب ولا علم فيما نحن فيه أجاب بقوله (وانما يجوز للشاهد) يعنى لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب) وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا الا بوجوبها لفظ الخبر (وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد أو واحدة) فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة أى النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة أما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة فى الغالب وكذلك تقليد الامام للقضاء وأما الموت (فانه قلما يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج) بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) بيان الكيفية الاداء وينبغى أن يطلق ذلك فيقول فى النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ابنا أبى قحافة والخطاب ولم يشاهد شيأ من ذلك

ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل أحد وانما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغى أن يطلق أداء الشهادة

معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بامارات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة أن علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل الا لبعض أفراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر فى الدخول والحاسم لمادة الشغب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة بنت أبى بكر رضى الله عنهما زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وأن عليا رضى الله عنه ابن أبى طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب وأن شريحا كان قاضيا وان أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم ماتوا وان لم نعاين شيأ من ذلك وحكى فى الخلاصة عن ظهير الدين فى الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لانه أمر يشتهر بخلاف الزنا فانه فاحشة تستر (قوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد أنه ابنه أو أميرا أو قاض أما اذا فسر للقاضى أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما أنه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال لانى رأيتها فى يده فى وقت من الاوقات لا تقبل وفى الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف وفى فصول الاستروشنى لو شهدا على النكاح فسألهما القاضى هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كأنهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا ولو شهدا أنهما دفناه أو قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر

مشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان (قوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) بان يقول أشهد أنه ابنه وأشهد انها امرأته اما اذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا أطلق يعلم انه وقع فى قلبه صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا

(قال المصنف ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية الا أنه لم يثبت ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى (قال المصنف أو باخبار من يثق به) أقول لعله عطف على قوله بالاشتهار فان ثبوت الشهرة باخبار عدلين لا يخلو عن بعد ثم بقى ههنا بحث لان اخبار من يثق لا يفيد حكم العلم والاصح الشهادة بذلك فى البيع وأمثاله واشتراط التواتر بعدم أو بهدم مبنى الاستحسان ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر فى حق المشهود به ففى حق هذه الاشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الاخبار) أقول أى اخبار عدلين

(فاما اذا فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد فى الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر) بانه انما يشهد لانه رآه فى يده (لاتقبل كذلك هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا) وان لم يعاين تقليد الامام اياه (واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا و ينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج) جاز له أن يشهد بانها امرأته فان سأله القاضى هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين أزواج النبى صلى الله عليه وسلم فعلى الرؤية أولى وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين (٤٦٨) للقاضى أنه شهد به بالتسامع ولو قال أشهد لانى سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد انه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله) لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا نشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الاصح وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لانه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففى عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله (ثم قصر الاستثناء فى الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هى محصورة فيما ذكر فى الكتاب أولا ففى ظاهر الرواية محصورة (وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى على وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنهما وان لم ندرك ذلك (وعن محمد انها تقبل فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار) والجواب عن قول أبى يوسف أن الولاء يبتنى على ازالة ملك اليمين فيما
ولابد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه

أما اذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد فى الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا و ينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا فى يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله أنه يجوز فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولابد فيه من المعاينة فكذا فسر و يقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار أقوى من المسانيد

بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين فى فتاواه وفى الخلاصة لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته ان كان المخبر بالموت عدلا و يشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا وتاريخ شاهدى الحياة بعد تاريخ شاهدى الموت فشهادة شاهدى الحياة أولى وكذا بقتله انتهى و أطلق فى وصايا عصام الدين فقال شهدا أن زوجها مات أو قتل وآخران على الحياة فالموت أولى وفى فتاوى الفضلى شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوج روايتان فى السير لا يجوز وفى الاستحسان يجوز * ومن فروع التسامع فى فتاوى النسفى قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حى ان صدقت الاول يصح النكاح وفى المنتقى لم يشرط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يخال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك فى حل اقدامها وعدمه وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثانى ظاهرا والشئ بالشئ يذكر اذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بان زوجها طلقها أو مات عنها ووقع فى قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين أيضا فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما أو من العمال أما اذا كان تاجرا أو من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة (قوله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب) أى استثناء القدورى حيث قال الا فى النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن أبى يوسف تجوز فى الولاء بالتسامع رجع اليه وكان أولا يقول كقول أبى حنيفة ومحمد لا تجوز الا أن يسمع العتق ثم رجع الى انه تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفى النسب تجوز بالتسامع فكذا فى الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى على بن أبى طالب رضى الله عنه ونافعا مولى ابن عمرو بلالا مولى أبى بكر الصديق ولهما أنه ينبنى على العتق والعتق لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما ينبنى عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشئ مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى اذ لا يرى العلوق وكذا تقليد القاضى القضاء الا الخواص والموت والباقى فيؤدى الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق

(قال المصنف أما اذا فسر للقاضى الى قوله لم تقبل شهادته) أقول لان اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره (قوله فعلى الرؤية أولى) أقول فتحمل شهادته على أحدهما (قوله لانه الى قوله انه شهد به بالتسامع) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قالا الخ) أقول المسئلة فى النهاية نقلا عن صاحب العمدة (قوله ان الولاء يبتنى على ازالة ملك اليمين الخ) أقول يعنى ازالته بالاعتاق

الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسى الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ الى أنها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا و يدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل فى أصله (٤٦٩) وهو اختيار شمس الائمة السرخسى دون شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر ولابد من بيان الجهة بان يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبههما حتى لو لم يذكروا ذلك فى شهادتهم لا تقبل كذا فى الذخيرة (قال ومن كان فى يده شئ الخ) رجل رأى عينا فى يد آخر ثم رآها فى يد غيره والاول يدعى عليه الملك وسعه أن يشهد بانه للمدعى لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع أو غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشترى الا

فيما يبتنى عليه وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع فى أصله دون شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر قال (ومن كان فى يده شئ سوى العبد والامة وسعك أن تشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها

وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على أن لا خلاف فى العتق انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلوانى ان الخلاف ثابت فى العتق أيضا عند أبى يوسف تجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعى وشرط الخصاف فى الولاء على قول أبى يوسف شرطا لم يذكره محمد فى المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا وللمعتق أبوان أو ثلاثة فى الاسلام قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه فى أصله) وقال الاقطع فى شرحه قال محمد تجوز وقوله لان أصله هو الذى يشتهر ليس بذاك والوجه فى التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به فى الابتداء لكنه فى توالى الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى فى البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ قال فى الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسى وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقى كذا وكذا وفى الفتاوى الصغرى فى الفصل الثانى من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا لم يبينوا الواقف ينبغى أن تقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر الواقف واذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرهنا فى الاصل صورته أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بغلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا الا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغينانى قال لابد من بيان الجهة انه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغى للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك فى شهادته لا تقبل ذكره فى الذخيرة وذكر فى المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم فى الاوقاف التى انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنه يسلك بها ما كانت عليه فى دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما فى المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع (قوله ومن كان فى يده شئ الخ) صورته رأى عينا سوى ما استثناه فى يد انسان ثم رآها فى يد غيره والاول يدعى عليه الملك وسعه أن يشهد

(قوله دون شرائطه) لان اصله هو الذى يشتهر قال الامام ظهير الدين المرغينانى لابد من بيان الجهة بان يشهدوا أن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك فى شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغى لهم أن يشهدوا يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك فى شهادتهم لا تقبل شهادتهم (قوله ومن كان فى يده شئ سوى العبد والامة وسعك أن تشهد انه له لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك) اذ هى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها اذ لا دليل لمعرفة الملك فى حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان أكثر ما فى الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبة وما أشبه ذلك الا أن الشراء انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وانما يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فيثبت أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد أن يعتمد

(قوله مقام البينة) أقول الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله و يدل عليه عبارة الكتاب) أقول يعنى قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم تقبل فى أصله) أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة والمراد بأصل الوقف ان هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل فى أصل الوقف (قال المصنف ومن كان فى يده شئ سوى العبد والامة) أقول ولعله انما لم يقل ومن عاين فى يد رجل شيأ وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة اذ لا معاينة فيها (قال المصنف لان اليد الى قوله فى الاسباب كلها) أقول قال فى الكافى لان أقصى ما فى الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب ملكا للواهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونهما ملكا بتصرف ذى اليد بيعا وهبة لا بمجرد اليد قلنا لا تصرف فى صورة الارث وهو يكفينا فى نفى قول الشافعى

بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند اعوازه ذلك يصار الى ما يشهد به القلب (قالوا ويحتمل أن يكون هذا) أي ماذكر من شهادة القلب (تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسعك أن تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك وأجيب بانا جعلنا العيان مجوز الشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا وأما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب (وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاف (لان اليد متنوعة الى انابة وملك) فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها

(قال المصنف فيكتفي بها) أقول قال العلامة النسفي في الكافي وينبغي أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة

فيكتفي بها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك

للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشئ من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول الى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ وقال أبو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه أن الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف وعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف أيضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك بيعت دار الى جانبها فاراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها اذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه

على مثل هذا الدليل اعتبار الظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لذي اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فعند اعوازه ذلك يصير الى

اليد حتى لو بين ذلك رد كما مر في التسامع لان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتامل والقول الفصل والكلام الجزل في شرح الكنز للزيلعي وعبارة الكنز وان فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى وعبارة الزيلعي أي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته لان التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة أما اذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده قلنا فلا يجوز أن يحكم بها ألا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد انسان فاولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم فان فيه نفعا في هذا المقام حيث ينجلي بها ظلمات الاوهام قال في النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضا القضاء به حتى ان القاضي لو عاين بيده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى ولا تتوهم من المخالفة بين ماذكره الزيلعي وما في النهاية فان ما في شرح الكنز هو ما اذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول كيف يلزم الانسداد اذا شرط معها ماذكره أبو يوسف والخصاف (قوله لان العيان ليس سببا للوجوب) أقول قال في النهاية لكنه ليس سببا للجواز انتهى فيه بحث (قال المصنف لان اليد متنوعة الى انابة وملك) أقول لعل المراد من الانابة النيابة وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث وفي الكافي لان اليد تتنوع الى ملك وأمانة

والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل تزيد الاحتمال فينتفي العلم (ثم) هذه (المسئلة على وجوه) أربعة بالقسمة العقلية لانه اما أن يعاين الملك والمالك أو لم يعاينهما أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لان الشهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت

قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له أن يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل له

لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز (قوله ثم ان عاين الملك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أوجه الاول ان يعاين الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك الثاني أن يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس أن لا تجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا واورد عليه انه يلزم ان تكون الشهادة بالملك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله أعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال فان كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم

ما يشهد به اليد قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسير الاطلاق قول محمد رحمه الله في الرواية فيشترط أن يقع في قلبه انه له بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد تتنوع الى ملك وضمان وأمانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك قلنا التصرف أيضا يتنوع الى نيابة كالوكيل والمضارب والى اصالة فلا معنى لاختيار هذه الزيادة اذ الاحتمال لا يزول بها والاصل أن الاملاك تكون في يد الملاك والكينونة في يد غيرهم عارض فرجحنا الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد فالقاضي لا يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعاينة لقبل القاضي الشهادة قلنا نحن جعلنا العيان سببا للجواز لا للوجوب والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمنا ذلك ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك وبيعت دار بجنب هذه وأراد صاحب اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع لان القياس ليس سببا للوجوب لكنه سبب الجواز (قوله ثم ان عاين المالك والملك) المسئلة على أربعة أوجه ان عاين المالك والملك بان عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده

شهادة بمعلوم لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة وأجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به

وضمان (قال المصنف قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة) أقول فيه ان شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الاول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل في أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل الى محتمل يزيل الاحتمال) أقول فيه تامل فان ضم الخبر المحتمل للكذب الى مثله قد يفيد نفي الاحتمال كما في الاخبار المتواترة (قوله بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعاينة لتحققها بدونها (قوله وأجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال الخ) أقول فيه بحث فان المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك في الضيعة والظاهر في الجواب بطلان جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا تضيع الحقوق (قوله والتسامع انما هو بالنسبة الخ) أقول لان الشاهد اذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب الى فلان بن فلان فان الذي يستفيده أولا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب اليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك اليه انما هو في المرتبة الثانية اذ لا تعرف النسبة الا بعد معرفة المنتسبين

(قوله وأما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة) وتقريره أن الرجل اذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص فلا يخلو اما أن يعرف رقهما اولا فان كان الاول حل له أن يشهد (٤٧٢) انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما اوكبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان او بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك لا تدل على الملك لانهما في ايدى أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبى الذى يعقل ان أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كانا لتعبيرهما عن انفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعى رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول الذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله تعالى أعلم (باب

اما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف وانهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله أعلم

كالمعاينة الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلانى ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع أن يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والامة) يعنى اذا عاينهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهدا في يد غيرهما فكان كثوب في يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين أى لا يعبران عن أنفسهما فكذلك يجوز أن يشهد له بملكهما لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما وان كانا كبيرين أى يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبى فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع الغير عنهما حتى ان الصبي الذى يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره ويصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه واذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبيد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا لا يعبران عن انفسهما فاما اذا كانا كذلك اهلا فلا يزال اعتباره الا باقرارهما بالرق فان لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما به وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعدما كبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما هذا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عن ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعى انفسه فالقول الذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما

بلا منازعة ووقع في قلبه انه له ثم رآه في يد آخر فجاء الاول ادعى الملك وسعه أن يشهد للاول بالملك بناء على يده وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدود ينسب الى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معروفا بالتسامع والملك معروف وان لم يعاين المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا الفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك وان عاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة (قوله لان لهما يدا على أنفسهما) حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت لغيره يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه طوعا كما يستخدم العبد سيده وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله انه يشهد فيهما أيضا فجعلوا اليد دليلا عن الملك في الكل ألا ترى أن من ادعى عبدا أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول الذى اليد لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه (قوله والفرق ما بيناه) وهو قوله لان لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله أعلم

(قال المصنف وان كانا كبيرين فذلك) اقول في الكافى او صغيران يعبران عن انفسهما انتهى والظاهر ان المصنف اراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا ام لا كما يشير اليه صاحب العناية

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة يتهم بها بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل في اداء التمييز كالعمى المفضى الى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون قال (ولا تقبل شهادة الاعمى الخ) شهادة الاعمى اما أن تكون في الحدود والقصاص أولا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أولا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي وان انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمى بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى تقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجرى فيه التسامع لا تقبل فيما يجرى فيه ذلك (٤٧٣) كالصبي والمجنون وسيأتي جواب آخر وأما وجه قول أبي يوسف والشافعي فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه غير موف فكان المقتضى لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه أى في النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيهم غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

(قال ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أولا تجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تقبل فيما تجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثورى وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

(قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال مالك رحمه الله تقبل لان العمى لا يقدح في الولاية والعدالة وباعتبارهما

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) (قوله والشروط مقدمة على المشروط) أقول المشروط هو الشهادة لا من يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول لا دلالة فيه على الاصالة (قوله وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة الخ) أقول أو ملك أو شركة ففي التخصيص بالقرابة بحث (قوله يتهم بها بايثار المشهود له) أقول اى يتهم الشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) اقول وهو الاتيان باربعة شهداء (قال المصنف ولا تقبل شهادة الاعمى) أقول ولو قبل القاضى شهادة الاعمى وحكم بها يصح حكمه لانه مجتهد فيه قال حيث مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير (قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول المراد اتفاق مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء) أقول وقال أبو يوسف لا يمتنع بل يقضى بها لانها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كما لو مات الشاهد أو غاب وقال صدر الشريعة وقول أبي يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر اذ ليس واحد منهما أهل الولاية بخلاف الاعمى (قوله وسيأتي جواب آخر) أقول في قوله ولنا أن الاداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول الظاهر أن يقال والشرط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أى في النغمة الخ) أقول يجوز اعادة الضمير الى التمييز بالنغمة فلا حاجة الى التاويل (قوله والمراد بالتمييز بالاشارة الخ) أقول فيؤول الكلام الى نوع مصادرة

بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضى الى القاضى فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفى قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للاعمى فيما هو أعظم خطرا من الامر الوهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقريره ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات بخلاف مانحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة أيضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص فى كون النسبة غير مفيدة للتعريف وأما وجه أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الاداء فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس أو جن أو فسق فانهم أجمعوا على أن الشاهد اذا خرس أو جن أو ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضى القاضى بشهادته والامر الكلى فى ذلك أن ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من أدائها القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فتمنع القضاء والعمى الطارئ بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند أبى يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء (قوله بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا) جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء وهو ولا أهلية عنده ووجه ذلك أن الاهلية بالموت انتهت والشئ يتقرر بانتهائه و بالغيبة ما بطلت (قال ولا المملوك الخ) لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى أن لا يكون له ولاية متعدية

الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت و بالغيبة ما بطلت (قال ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية

وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفى فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعى ومالك وأحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الاعمى الا بالنغمة (وفيه) أى فى التمييز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطء الاعمى زوجته وأمته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة فى تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود على ان الاشارة ثم تقع الى وكيل الغائب و وصى الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود من جهة أن شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفى اذ الرد بتهمة ما فى الحدود لا يستلزم الرد بمثلها فى غيرها الا ان تلك يحتاج فى درء الحكم بها وأما الاستدلال بما روى عن على رضى الله عنه أنه رد شهادة الاعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها لجواز كونه كان فى حد ونفيه وقيد فى الذخيرة قول أبى يوسف بما اذا كانت شهادته فى الدين والعقار أما فى المنقول فاجمع علماؤنا أنها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضى الى القاضى فان الشهود لا يشيرون الى أحد وتقبل وأجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه و يقولون لو رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا فى كتاب القاضى لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فنقول كتاب القاضى الى القاضى للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة فى شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصيرا ثم عمى قبل القضاء امتنع القضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أى عند القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسه بما اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء أو مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت و بالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفى المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعى رحمه الله تقبل اذا كانت فيه اشارة مفهومة بقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعى ولا شك فى تحقق التهمة فى الاشارة فهو أولى بعدم القبول من الاعمى لان فى الاعمى انما تتحقق التهمة فى نسبته وهنا تتحقق فى نسبته وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أى الرقيق و به قال مالك والشافعى وقال أحمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول أنس بن مالك رضى الله عنه وهو قول عثمان

تجب الشهادة ولهذا قبلت رواية الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما

(قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول عدم قبول شهادة الاعمى فيهما لانهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر وليس كذلك الاموال ألا يرى أنها تثبت بالنسبة فى كتاب القاضى الى القاضى مثلا فكيف يلحق بهما (قال المصنف ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية) أقول لو كانت

(ولا المحدود فى قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما وأن معنى قوله لهم أى للمحدودين فى القذف و بالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف ولانه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد هو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل (قوله بخلاف المحدود فى غير القذف) جواب عما يقال المحدود فى القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود فى غير القذف ووجه ذلك أن رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود فى غير القذف وأما اذا لم يكن كذلك كالمحدود فى القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا الا النهى عن القبول وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله وأولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبى وهو اخبارى. فان قلت فاجعله بمعنى الطلبى ليصح كما فى قوله تعالى و بالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر أحد المسندين

ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجورا كان أو مأذونا تجوز وكالته فتامل فى جوابه (قوله وان معنى الى قوله عن

وهو لا يلى نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره (ولا المحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود فى غير القذف لان الرد

البتى واسحق وداود وعن على رضى الله عنه تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه فى المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص فى عقله ولا خلل فى تحمله وضبطه فلا مانع وأما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخارى فى صحيحه وقال أنس رضى الله عنه شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا وأجازه شريح وزرارة بن أبى أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده وأجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واماء الى هنا لفظ البخارى ولا تقبل شهادة الصبى عندنا وهو قول مالك والشافعى وأحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل فى الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل أن يتفرقوا و يروى ذلك عن ابن الزبير رضى الله عنه والوجه أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز و بما يقدم لعلمه بعدم التكليف * فروع اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها بعد العتق قبلت كالصبى اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكذا الذمى اذا سمع اقرار المسلم ثم أسلم فادى جاز (قوله ولا المحدود فى قذف وان تاب) وقال الشافعى ومالك وأحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه فى قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان فى قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقيل لا لان عمر رضى الله عنه قال لابى بكرة تب أقبل شهادتك وقد يجاب بان أبا بكرة كان من العباد وحاله فى العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة باكذاب نفسه وأصله أن الاستثناء فى قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة أو الى الكل والمسئلة محررة فى الاصول وهى أن الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل أو الى الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل هى قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد أما المناسبة فلان رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه آلم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم جلد مائة وتغريب عام فانه لا يناسب الحد لانه و بما يصلح مانعا فى المستقبل من فعله والتغريب سبب لزيادة الوقوع لانه لغربته وعدم من يعرفه لا يستحى من أحد يراقبه فاذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه وكذا قيد التأبيد لا فائدة له الا تأبيد الرد الا لقال ولا تقبلوا لهم شهادة وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا للفسق و يرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة وأما رجوع الاستثناء الى الكل فى قوله تعالى فى المحار بين أن يقتلوا أو يصلبوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم حتى سقط عنهم الحد فالدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة أعنى قوله تعالى ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل أن تقدروا

يجرى فيه التسامع لانه فى السماع كالبصير وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير وأداها وهو أعمى تقبل فيما لا يحتاج الى الاشارة كالديون والعقار (قوله ولانه من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف) لان فيه معنى الزجر لانه يؤلم قلبه كما ان الجلد يؤلم بدنه وقد آذاه بلسانه فعوقب باهدار منفعة

كونه محدودا فى قذف) أقول لعل مراده أن نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فمعنى الآية ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين فى القذف وفى التوبة لا تزول هذه العلة فكذا معلولها قال المصنف (ولانه من تمام الحد) أقول دليل على المدعى مع قطع النظر عن لفظة أبدا بخلاف الدليل الاول (قال المصنف لان الرد للفسق) أقول لا لانه من تمام الحد (قوله اذ الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول فيه تامل اذ لا منافاة بين التوقف والنهى عن القبول وسيجئ فى شهادة أهل الذمة فى هذا الباب ما يؤيد ما قلنا (قوله فان قلت فاجعله بمعنى الطلبى الخ) أقول أى بمعنى فسقوا

فى الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات وتمام العثور على هذا المبحث يقتضى مطالعة تقريرنا فى تقريرنا فى الاستدلالات الغاسدة قوله (ولوحد الكافر) يعنى اذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا أسلم جازت شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد فى القذف كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الردمن تمامها والعبد اذا حد فى القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة

للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعى رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر فى قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام

عليهم فائدة للعلم بان التوبة تسقط العذاب ففائدة قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل فأما اذا اقترن به عاد اليها كما يقول هو ان عوده الى الكل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخيرة فقط ولو اقترن به عاد اليها فقط وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياسا فى مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفى الفائدة لانه معلوم شرعا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بايراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية أخرى تفيده لا يضر للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التأكيد كأقيموا الصلاة وقد تكرر قوله تعالى الا الذين تابوا لذلك الغرض ففى آية الا الذين تابوا الى قوله فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم وفى أخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفى أخرى الا من تاب الى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيآتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة ولم يسع أن يقال فى أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة فى هذا الا من أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا فى موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس فاذا تعددت مواضعه فمن لم يسمع تلك الآية سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان فى تعداد افادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصى ثناء عليه وأما ما عن عمر رضى الله عنه أنه قال لابى بكرة تب أقبل شهادتك ففى ثبوته نظر لان راويه عمرو بن قيس ولو ترك النظر فى ذلك كان معارضا بما قاله لابى موسى الاشعرى فى كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى قذف أو مجربا فى شهادة زور أو ظنينا بقرابة وقد قدمناه عنه عليه السلام من رواية ابن أبى شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعى وسعيد بن جبير وهكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهم قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لان التائبين ليسوا داخلين فى الفاسقين فكأنه قيل وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فان الله غفور رحيم أى يغفر لهم ويرحمهم واذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعا أى زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله أى كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما له وفى المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حد الكافر فى قذف ثم أسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة) فى الجملة فكان ردها من تمام شهادته وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف

لسانه جزاء وفاقا فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجلد لان رد شهادته من تمام حده وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا ما تمم له بخلاف المحدود فى غير القذف لان الرد ثمة للفسق ولم يبق بالتوبة اذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له (قوله الاستثناء ينصرف الى ما يليه) وهو قوله وأولئك هم الفاسقون لانه للاستئناف لان ما قبله أمر

فتقدير الكلام حينئذ فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وفسقوهم ويكون ايثار صيغة الاخبار للمبالغة (قوله كما فى قوله وبالوالدين احسانا) أقول حيث أول باحسنوا (قوله سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة) أقول لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حدا فان الحد هى العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف واحلاله المشار اليه بقوله تعالى وأصلحوا فان من جملة الاصلاح الاستحلال أشير اليه فى التلويح (قوله لكنه كان أبدا مجازا الخ) أقول فيه بحث فانه باق على حقيقته فى حق غير التائب الذى هو الباقى بعد الثنيا والنهى عن القبول بالنسبة الى شهادتهم فليتأمل (قال المصنف أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول حدثت

قال العلامة النسفى فى الكافى لان التائبين ليسوا من الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى وفى قوله لان التائبين الخ بحث ظاهر اذ له أن يقول الاستثناء من قوله أولئك وهو الظاهر كما فى أمثاله (قوله فى الاستدلالات الغاسدة) أقول فى باب وجوه الوقوف على أحكام النظم

الا ما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى فى دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد فى القذف حيث جعل القذف قائما فى حقه الى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا فى دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب فى حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة فى تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة أيضا للملاقاة الحدوقت قبول الشهادة فاوجب الرد وأما اذا قذف الكافر مسلما ثم أسلم فحد فى حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب أن فائدته تطبيق المسئلتين فى عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه قال (ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره) قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له فى حق أحد وأجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكأنه قال لو قبلت شهادة العبد فى موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل فى حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والآباء

حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد ثم أعتق لانه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق (قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة اليهم فتكون شهادة

العبد اذا حد فى قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التى تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى فى دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب فى العبد الى ان أمكن ولم يتوقف فى الزنا فى دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام أجيب بان الزنا فى دار الحرب لم يقع موجبا أصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته أصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا فى الحد المطلوب درؤه أما قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه فى الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق قال فى المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التى يقبل فيها خبر المحدود فى القذف فى الديانات أما على رواية المنتقى أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة فى تقييد الجواب فى العبد بكون العتق بعد الحد فى قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى أعتق فحد لا تقبل أيضا ولكن وضعه كذلك لانه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد فى حال كفره وبعضه فى حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر فى حد القذف وفى هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا أقيم أكثره تسقط اذا ضرب سوطا لان من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه (قوله ولا شهادة الوالد) وان علا لولده وان سفل (ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما أخرجه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه فى الشئ بينهما لكن فى غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد بسيده انتهى وقال ابن أبى شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرج نحوه عن ابراهيم النخعى لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازى الذى شهد له أكابر المشايخ أنه كبير فى العلم رواه بسنده الى عائشة رضى الله عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا

ونهى فوضا الى الآية وهذه جملة اسمية اخبار عن حال قائمة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة فانصرف الاستثناء الى هذه الجملة فحسب أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين تابوا فان الله يغفر ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله (قوله ولا العبد السيده) أى لو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيده للتهمة وهو قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل

متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة قال المصنف رحمه الله

(قوله والقذف موجب فى حق الاصل) أقول من أراد الاصل الجلد (قوله لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول ومالك يخالفنا فى قرابة الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا فى النهاية والكافى وشرح الكنز للزيلعى وقال العلامة الكاكى فى معراج الدراية ما وجدت هذا فى الكتب المشهورة لاصحاب مالك رحمهم الله

(والمراد بالاجير على ماقال المشايخ هو التلميذ الخاص الذى بعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه) قيل التلميذ الخاص هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت من القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة أومشاهرة وهو الاجير الواحد فيستوجبى فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه وأداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذليس له فيما شهد فيه ملك ولاحق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جازشهادة الاستاذ له ووضع الزكاة فيه لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس وأما شهادة الاجير المشترك فقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له أن

لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال العبد الضعيف والمراد بالاجير على ماقالوا التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لاشهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة أومشاهرة أومياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال

الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر فى رواية شريح أمر الشريك وذكر المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم لاشهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبوداود فى سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذى الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها لغيرهم قال أبوداود الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه وعنه رواه أحمد قال فى التنقيح محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة فى ابن ماجه وآدم بن فائد فى الدارقطنى ولم يذكرا فيه القانع وأخرج الترمذى عن يزيد بن زياد الدمشقى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتجوز شهادة خائن ولاخائنة ولامجلود حدا ولاذى غمر على أخيه ولامجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولاظنين فى ولاء ولاقرابة انتهى وقال غريب لانعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقى وهو يضعف فى الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبوعبيد الغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعنى ويطلب معاشه منهم والظنين المتهم فى دينه فهذا الحديث لاينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم فى ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذى المذكور فيه ولاظنين فى ولاء ولاقرابة وان كان راويه مضعفا اذليس الراوى الضعيف كل مايرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد فى هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضى الله عنه حين شهد مع قنبر لعلى رضى الله عنه فقال على أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ائت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد فى رزقه فقيل رجع على رضى الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ماقالوا التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لاشهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه وفى الخلاصه والتلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله وليس له اجرة معلومة وقيل المراد بالاجير الاجير مسانهة أومشاهرة أومياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التى هى الاداء فى أجرته فيكون مستوجبا الاجر بها فيصير كالمستأجر عليها لان العقد وقع موجبا تمليك منافعه ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لان العقد لم يقع موجبا تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له ولهذا لايستحق الاجرة حتى يعمل فافترقا وفى العيون قال محمد رحمه الله فى رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير فى ذلك اليوم القياس أن لاتقبل ولو كان أجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا له قبل أن يقضى فانى أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز ومافى زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير محمل على الاجير المشترك كما حمل مافى كتاب كفالة الاصل لاتجوز شهاده الاجير على الاجير الخاص لما فى نوادر ابن رستم قال محمد لا أجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجيرا مشتركا

البيت والقانع السائل من القنوع لامن القناعة وأراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه

(قال المصنف أو تتمكن فيه الشبهة) أقول فيه كلام وفى بعض النسخ أو تتمكن فيه التهمة أى تهمة الميل وهى المراد بالشبهة (قوله من القنوع) أقول لامن القناعة

ولا

يؤجر نفسه من غير فى مدة الاجارة قال (ولاتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وقال الشافعى تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة) أى يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة فى ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتضى من أحدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته فى حق صاحبه كالاخوين وأولاد العم وغيرهم لايقال فى قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما ينتفع بمال صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدى بل حصل فى ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا (ولنا ماروينا) من حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لاتجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته (ولان الانتفاع متصل) ولهذا لووطئ جارية امرأته وقال ظننت أنها تحل لى لايحد (وهو) أى الانتفاع (هو المقصود) من الاموال (فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما) فى شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة (قوله بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعى ووجهه أن الغريم لاولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذى يتصرف فى مالها عادة لايقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر أمر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال (ولا شهادة المولى لعبده الخ) لاتقبل شهادة المولى لعبده

(ولاتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعى رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ولامعتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ماروينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لاولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة

قبلت شهادته اه وأما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستأجر للاجير فقبولة لان منافعهما ليست بمملوكة للمشهود له (قوله ولاتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكا وقال الشافعى تقبل وبقولنا قال مالك وأحمد وقال ابن أبى ليلى والثورى والنخعى لاتقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا فى ماله لوجوب نفقتها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة ووجه الشافعى أن الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة أى كل يد فى حيز غير حيز الاخرى فهى ممنوعة عنه من حاز الشئ منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجرى بينهما القصاص والحبس بالدين ولامعتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه فى منفعته ولنا ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد سمعت انه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولاد فى ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال فى المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضى الله عنها بل ربما كان الاتصال بينهما فى المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادى أبويه لرضا زوجته وهى لرضاه ولان الزوجية أصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بعد الموت لازوجية وفى المحيط لاتقبل شهادته لمعتدته من رجعى ولابائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام ولو شهد أحدهما للآخر فى حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف مالو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لاتقبل وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى الاصح لان القاضى لما ردها صار مكذبا فى تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبى اذا ردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك وهو رواية عن أحمد لاتقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لالتهمة الكذب وهى كافية فى الرد فاذا صار وا أهلا تقبل ولو قيل الرد فى الفسق لايستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به وبالاعادة فى العدالة ترتفع تهمة كذبه فى تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار الحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لاتقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبى اذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل ولاتقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولاخت امرأته (قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على

لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم (قوله بخلاف شهادة الغريم لانه لاولاية له على المشهود به) أى لايثبت له

لمارويناولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه أومن كل وجه وذلك لانه لايخلو اما أن يكون على العبد دين أولا فان كان الاول فهى له من وجه

(قال المصنف والايدى متحيزة) أقول قال ابن الهمام أى يد كل منهما فى حيز غير حيز الاخرى فهى مجموعة عنه من حاز الشئ جمعه فلا اختلاط فيها انتهى وفى القاموس وغيره تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى وهذا المعنى هو الانسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول وبخلاف المرأة فان لها حق الاخذ للنفقة والظفر ليس موهوما

لان الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما ملك لمولاه (ولا) تقبل شهادة المولى (لمكاتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفا مراعى لانه ان أدى بدل الكتابة صار أجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة اذ هي شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل هذا اذا كانا شريكي عنان أما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قال (٤٨٠) (وتقبل شهادة الاخ لاخيه الخ) تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها (ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالردىء من الافعال) أي التمكن من اللواطة (فاما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيده به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل

لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين أو من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال (ولا تقبل شهادة المخنث) ومراده المخنث في الردىء من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية

العبد دين ومن وجه اذا كان ولان الحال أي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه وفي المبسوط وكذا لا تقبل شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس أن تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغي أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لانه لا شركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه) قيل بلا خلاف لكن قال شمس الائمة في شرح أدب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة لانه لا بسوطة وليس مظنة ملزومة للالف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث في الردىء من الافعال) وهو التشبه بالنساء تعمد الذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو وصفهن لكون ذلك معصية روى أبو داود باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقة وفي أعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائحة ولا مغنية) هذا لفظ القدوري فاطلق ثم

الولاية في المشهود به بالقضاء والغريم اذا ظفر بجنس حقه من مال مديونه له أن يأخذه وذلك قد يكون وقد لا يكون فلا يورث التهمة (قوله لان الحال موقوف مراعى) أي لان حال العبد موقوفة بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم في دينهم فيصير أجنبيا فتقبل شهادة المولى له أو يبقى للمولى كما كان بسبب قضائه دينه ولا لمكاتبه لما قلنا أي لانه شهادة لنفسه من وجه (قوله ولا نائحة ولا مغنية) ولم يرد به التي تنوح على مصيبتها

(قوله قيل هذا الخ) أقول أي قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية (قوله هذا اذا كانا شريكي عنان الخ) أقول فيه بحث لانه اذا كان ما عداها مشتركا يدخل في عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح في قوله ما ليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا فلا وجه للاخراج فتأمل الا أن تخص بالاملاك بقرينة السياق ثم ان قوله لان ما عداها مشترك بينهما غير صحيح فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف فانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين الخ) أقول أي صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل عيشة راضية (قوله فان رفع نفس الصوت منها حرام (ولا

(ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) والمراد به كل من أدمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت أو غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة (ولا من يلعب بالطيور ولانه يورث غفلة) لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب (ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره) وذلك فسق فاما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه أعم من أن يكون معه آلة لهو أولا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وأصل ذلك ما روي عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام (٤٨١) خواهر زاده وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك

(ولا مدمن الشرب على اللهو) لانه ارتكب محرم دينه (ولا من يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني (ولا من يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد أنه تكرار ولعل ذلك مما ذكر من قوله مغنية والوجه أن اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال ألا ترى اذا قيل ما حرفته أو ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط أو حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم أن ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المترتب على مشتق انما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة أخرى نعم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة وحينئذ كأنه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها الا من لم يكن ذلك صناعته ولذا علله في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية أن الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى أن قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لان من تطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وان كان المعنى على التانيث فكيف اذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقا حرام

فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا) أقول فيه بحث لان المراد بالمغنية التي اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة الى التقييد ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعا في المال فأسرع ما نسي ثم ما ذكره جار في النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما في مسئلة الزيادات من كان التغني مكسبه فليتأمل (قوله ولا مد من الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه)

وفي المستصفى واعلم بان التغني حرام في جميع الاديان فقال في الزيادات واذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات وحكي عن ظهير الدين المرغيناني رحمه الله انه قال من قال لمقرئ زماننا أحسنت عند قراءته يكفر (قوله ولا مدمن الشرب على اللهو) أطلق الشرب على اللهو في حق

 أقول فيه بحث لان الظاهر من تعليل المصنف بقوله لانه ارتكب محرم دينه وقوله ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ ان مراده غير الخمر وأما في الخمر فلا يشترط ما ذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فان للكلام مجالا واسعا (قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول فيه بحث لان كثيرا من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قدامة المغني في الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لانه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره (قوله وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ) أقول لانفهام حكم الرجال تبعا على عكس ما هو الاصل وفيه بحث (قوله لانها كانت على الاطلاق) أقول فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس الخ) أقول فيه بحث فان ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الاسلام فان اجتماعهم للاستماع وأن يكون الاستماع كذلك وذلك بكون المسموع كبيرة

وان كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا أن كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به نظام القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل ولا يكره لاستماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب أن في التغني لاسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام ويحمل حديث البراء بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك جاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رحمه الله الا انا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي اذا أراد المتكلم هجاءه لا اذا أراد انشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم

قامت تريك رهبة أن تهضما * ساقا بخنداة وكعبا أدرما

وانشاد ابن عباس رضي الله عنهما * ان يصدق الطير ننك لميسا * لان المرأة فيهما ليست معينة فلولا أن انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم

وما سعاد غداة البين اذ رحلوا * الا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت * كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها

تبلت فؤادك في المنام خريدة * تسقي الضجيع ببارد بسام

فاما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز

سقاها بغايات خليج كأنه * اذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض وقوله

وترى الرياح اذا مسحن غديره * صقلنه ونفين كل قذاة

ما ان يزال عليه ظبي كارعا * كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني والله أعلم وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى أبو أمامة أنه عليه السلام قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيره عمد بالدرة وفي الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وأما القراءة بالالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح والا فغيره مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد أن التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هنالك عن الامام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع ما اسمك قال محمد فقال أيعجبك أن يقال لك يا موحامد

هذا وأما النائحة فظاهر أنه أيضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم يرد النائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهي الغناء لاجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لاجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح في مدة طويلة ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه للناس أو لا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وهما في صحيح البخاري ولا شك أن النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في أن القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما قيد بكونها للناس لهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله في قوله ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا أو غيره ولفظ محمد رحمه الله في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال هذا الشارح يشترط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شربها سرا لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة فكذا التي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس وانظر الى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا ادمان فانما أراد انه اذا أدمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان فترد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى وهذا هو معنى الاصرار وأنت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من أبواب الكبائر التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية أن يشرب ولان النية أمر مبطن لا يظهر للناس والمداراة التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد أن تكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل أن يأتيها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك وأما من يلعب بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية الى الشيء كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسألون عن أكل ولا شرب وهذا من أظهر وجه على انه من دواعي الشيطان والاوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع اناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم أكل الربا وأكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر وأكل الربا وأكل مال اليتيم وفيه عنه عليه السلام ألا أنبئكم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضا

المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر أيضا وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك أو

(ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق قال (ولا من يدخل الحمام من غير مئزر) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة

منها السرقة وورد في الحديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة مافيه حد وقيل ماثبتت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كاللواطة أولم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع امافي الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق أو الوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم ولاتسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ماثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ماتقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بان الكبيرة مافيه حد بنص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وانما بنوا على ثلاثة معان أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثاني أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة والثالث أن يصر على المعاصي والفجور ولايخفى مافي هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا ومافي الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن أدب القاضي لعصام وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الادمان والله سبحانه وتعالى أعلم ولاتقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام) وفي الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ماذكر الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لاتقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه يخل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا الى قوله ولامن يفعل الافعال المستحقرة) أما أكل الربا فكثير أطلقوه وقيده في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو مايكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك بخلاف أكل مال اليتيم حيث ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة أكل الربا ولاتسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه الى ماذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور منه يكفي كونه مرتكبا محظور دينه ألا ترى الى ماقال أبو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ماتقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص

يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لايحترز عن الكذب وفي الذخيرة ولاتجوز شهادة مدمن الخمر ولامدمن السكر لانه كبيرة ثم شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما أراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجده ولايجوز شهادة مدمن السكر وأراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على الشرب ولامن يغني للناس وانما قيد بقوله للناس لانه اذا تغنى بحيث لايسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال ان فيه تكرارا بعد ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص بالمرأة وهذا عام ولان الاول في تغني المرأة مطلقا لان رفع الصوت فيها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في التغني للناس (قوله ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) واختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول

قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ) من أتى بشئ من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة (ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد أو الشطرنج) اذا انضم اليه أحد امور ثلاثة القمار أو تفويت الصلاة بالاشتغال به أو اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط أحد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة مجردا لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون

للاشتغال

لايكون عدلا ويجوز أن يكون افراد قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك

للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما يخلو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا قال (ولامن يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أو أما الاول فالربا لم يختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة بل أكثر ما كانوا عليه ونزلت آية الربا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو الى أجل فان لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لابيع درهم بدرهمين فربما لايتفق ذلك أصلا أو الا قليلا وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا انه بمرة وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل أن الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضي لايرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول اذا علم أنه يلعب بالنرد ردشهادته سواء قامر به أولم يقامر لما في حديث أبي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمى ويطرح بلا حساب واعمال فكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا فأما الشطرنج فقد اختلف في اباحته فعندنا لايجوز وكذا عند الامام أحمد لما رويناه فانه قد قيل ان النردشير هو الشطرنج ولما سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله عليه الصلاة والسلام كل لهو المؤمن باطل الا الثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام ليس من اللهو الا ثلاث تاديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتاخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجردا مساغ لم تسقط العدالة به وأما ماذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة ولاتقبل شهادة أهل الشعبذة وهو الذي يسمى في ديارنا دكا كالانه اماساحر أو كذاب أعني الذي يأكل منها ويتخذها مكسبة فأما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب السيميا على هذا (قوله ولامن يفعل الافعال المستحقرة) وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها أي التي يستخف الناس فاعلها أو الخصلة التي تستخف الفاعل فيبدو منه مالايليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لايوقنون وذلك (كالاكل على قارعة الطريق) يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من

الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وهو قول أهل الحجاز وأهل الحديث وزاد بعضهم على هذه السبع أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة وأصح ماقيل فيه هو مانقل عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه قال ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة (قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع بالشهادة) وفي الذخيرة ولاتقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن يشترط انضمام احدى المعاني الثلاثة اذا قامر عليه أو شغله عن الصلاة أو أكثر الحلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلاثة من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا (قوله لان للاجتهاد فيه مساغا) قال مالك والشافعي رحمهما الله يحل اللعب بالشطرنج (قوله والاكل على الطريق) يعني به مجرى الناس وذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله ولاتقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس لان ذلك لايفعل من كان له مروءة ولاتقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي

(قوله لان للاجتهاد فيه مساغا) قيل لان مالكا والشافعي يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط أن يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما يخلو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف أكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى (ولامن يفعل الافعال المستحقرة) وفي نسخة المحقرة وفي أخرى المستقبحة وفي أخرى المستخفة وفي أخرى المسخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة (كالبول والاكل على الطريق

(قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق) أقول قال الكاكي في معراج الدراية واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالاجماع اذا كان مدمنا عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اه ففي قول الاكمل اذا انضم اليه أحد أمور ثلاثة بحث (قوله سوى المسخفة الخ)

أقول أي الافعال التي تكون سببا لنسبة صاحبها الى السخف ورقة العقل ثم أقول يمكن أن يكون المسخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمسندة

واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور

لا يستحي من الطابة والمشي بسراويل فقط ومدرجله عند الناس وكشف رأسه فى موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور وفى الحديث عنه عليه الصلاة والسلام ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ماشئت وعن الكرخى لو أن شيخا صارع الاحداث فى الجامع لم تقبل شهادته لانه سخف وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذى يسمى فى عرف ديار مصر قنواتى والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعى وأحمد ووجهه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت أكثر مخلف للوعد السمكرى والاصح تقبل لانه قد تولاها قوم صالحون فالم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل الامن علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب ويشترى منه الاكفان فتقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أو باع أو آجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق فى الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب أحوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها ورد بعض العلماء شهادة القروى والاعرابى وعامة العلماء تقبل الا لمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلى والرقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف وفى الحديث ويل للذى يحدث ويكذب كى يضحك منه الناس ويل له ويل له وقال نصير بن يحيى من يشتم أهله ومماليكه كثيرا فى كل ساعة لا تقبل وان كان أحيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته وأما فى ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك ولا من يحلف فى كلامه كثيرا ونحوه وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عند أبى يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيرى رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لانى سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذى عندى أن رد أبى يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكونى تحت أمرك ممتثلا له على اهانة نفسى فى ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز فى القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بامر يقرب من خاطره والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل فى تعريف المروءة أن لا يأتى الانسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنىء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن أبى حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط لانه يؤديه الى منع الحقوق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابة والتابعين ومنهم أبو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء ونص أبو

وفى الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه ويقتفى أثره كأبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله فانهم سلفنا والصحابة والتابعون سلف لابى حنيفة وأصحابه كذا ذكره بدر الدين وفى الذخيرة قال أبو يوسف لا أجيز شهادة من يشتم أصحاب رسول الله عليه السلام لانه لو شتم واحدا من الناس لا تجوز شهادته فههنا أولى وتقبل شهادة أهل الاهواء الهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان أصول الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشر فرقة فيبلغ الى اثنين وسبعين فرقة وفى الذخيرة وشهادة أهل الاهواء مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ماجنا ويكون عدلا فى تعاطيه وهو الصحيح وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الهوى لانهم فسقة اذ الفسق اعتقادا أغلظ منه تعاطيا ولا شهادة للفاسق ولنا أن الفاسق انما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك لانه انما وقع فى الهوى

لان فيه ترك المروءة واذا كان لا يستحى من مثل ذلك) فالظاهر أنه (لا يمتنع عن الكذب) فكان متهما (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهما الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة (لظهور

بفتح النون من السخف والسين حينئذ تكون أصلية وأما المستخفة بالتشديد على صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة (قال المصنف واذا كان لا يستحى عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب) أقول قال العلامة الكاكى وفى المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرا فاما من كان عدلا منهم تقبل شهادتهم اه

فسقه

فسقه) وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يبرأ منهم وفرقوا بان اظهار سبه لا يأتى به الا السفلة والسخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان أصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنى عشر فرقة (وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شها (٤٨٧) دتهم لانه أغلظ وجوه الفسق)

فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطى أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة فى شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم)

يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا أظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا أظهر فى واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتى به الا الاوضاع والإسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الاهواء وشهادة أهل الاهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الاهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذى ذكره المصنف فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعى هو قول مالك وأبى حامد من الشافعية وأما قول الشافعى فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك ما ذكر أن البدعة فى الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلى ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفى صحيح البخارى كثير منهم مع اعتماده الغلو فى الصحة مع أن قبول الرواية أيضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبى الخطاب وهو محمد بن أبى وهب الاجدع وقيل محمد بن أبى زينب الاسدى الاجدع وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناس (قوله وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) قيد بها لتخرج شهادتهم على المسلم ويدخل فى اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة

المتعمق فى الدين ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب كمن تناول المثلث أو متروك التسمية عمدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة (قوله الا الخطابية) الخطابية قوم من الروافض ينسبون الى أبى الخطاب محمد بن أبى وهب الاجدع وكان يزعم أن عليا الاله الاكبر وجعفر

اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطى (ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كحنفى شرب المثلث أو شافعى أكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى أبى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم أن عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم ترد شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل أولا ولتمكن التهمة فى شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا أو ثالثا قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودى مع النصرانى وقال ابن أبى ليلى ان اتفقت مللهم

وفيه لا تقبل شهادة الطفيلى والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف وفى مناقب أبى حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط فى البخل لا تقبل قال الزيلعى وفى النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب اه (قال المصنف وقال الشافعى لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق) أقول عدم قبول شهادة أهل الاهواء مذهب مالك وأبى حامد من الشافعية وأما قول الشافعى فكقولنا بلا اختلاف (قوله فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شىء الآية) أقول هذه الآية فى سورة الانفال (قوله

قبلت لقوله عليه السلام لاشهادة لاهل ملة على أهل ملة أخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى (وقال مالك والشافعى لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون) والظالم فاسق (فيجب التوقف فى خبره) لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه (ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين فان قيل المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمى فبطل القياس فالجواب أن القياس فى الذمى كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضى والجواب انه ليس بمرضى بالنسبة الى الشهادة علينا أو مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثانى ممنوع اذ ليس مايمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض (قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره (٤٨٨)

وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روى أن النبى عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان

أخرى وقد نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن أبى ليلى وأبى عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه (وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل أصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون) ووقع فى كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفى النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخى قال تعالى الكافرين هم الفاسقون اذ الذى فى القرآن والكافرون هم الظالمون (فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد) بذلك الجامع ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس ذا عدل ولا مرضيا ولا منا ولانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضى بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شئ بقولهم قال المصنف (ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الامام المخرج غريب وغير مطابق للمدعى وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت مللهم ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبى عن جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ووجد فى بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه أبو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتونى باعلم رجلين منكم فاتوه بابنى صوريا فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين فى التوراة قالا

ابن محمد الصادق الاله الاصغر فطرده جعفر فادعى فى نفسه انه اله وزعم اتباعه ان جعفرا اله وأبو الخطاب أعظم منه وهم كانوا يدينون لشهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فتتمكن شبهة الكذب فى شهادتهم (قوله وصار كالمرتد) أى لا تقبل

الفسق مانع من حيث تعاطى محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثانى ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذى هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وأجيب بان المراد به الاخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطؤن على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم

فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى) أقول وللخصم أن يقول القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وقد ورد نص على عدم القبول فليتأمل ثم لو صح ماذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمى وشهادة مستأمن من دار على مستأمن من أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لان القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصرانى) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال فى النهاية المسلم اذا خطب الى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لان الشهادة من باب الولاية (قوله فالجواب أن القياس فى الذمى الخ) أقول وفيه بحث فان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للذمى على المسلم فكيف يكون القياس فى الذمى كذلك ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يتمشى هذا الجواب اذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضى) أقول لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والا فليس واحد من الخصوم راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله فالاولى أن يجاب بما فى سائر الشروح مع أنه مرضى من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم

خلاف

على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها وقوله (بخلاف المرتد) جواب عن قوله فصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاد. وهى ركن الدليل وقوله (وبخلاف شهادة الذمى على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمى على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقدم لنا جواب (٤٨٩) آخر عن هذا السؤال ولانه يتقول

بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمى على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به والله أعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه

فيها اذا شهد أربعة منهم أنهم رأوا ذكره فى فرجها كالميل فى المكحلة رجما قال فما منعكما أن ترجوهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره فى فرجها كالميل فى المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته فى نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود كشفته من نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحق بن راهويه وأبو يعلى الموصلى والبزار فى مسانيدهم والدارقطنى كلهم قالوا فدعا بالشهود وقال فى التنقيح قوله فى الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زيادة فى الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوى أسنده الى عامر الشعبى عن جابر وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال ائتونى باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجرى فيه ما ذكرنا من أن الراوى المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك أن رجمه عليه السلام كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة اذ هو يوافق ما أنزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة فى نفس الامر منهم وان لم يذكر فى الرواية المشهورة لان القصة كانت فيما بين يهود فى محالهم وأماكنهم فهذه دلالة على أن مجالدا لم يغلط فى هذه الزيادة وأنت علمت فى مسئلة أهل الاهواء أن مراد الآية فسق الافعال لانه الذى يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا أن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم بعضا ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمى من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه اذ لا ولاية له أصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيظه بقهره فكان منهم ما فيه بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى لانه وان عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما فى مسلم يعادى مسلما ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطنى وابن عدى من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وأيضا فقول الراوى أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل أنه حكاية تشريع قولى فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم باحدهما عينا غير أن فى هذه خلافا فى الاصول ورجح الثانى وهو مسئلة قول الراوى قضى بالشفعة للجار (قوله ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره

شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر (قوله ملل الكفر وان اختلفت فلا قهر) جواب لما يقال كما أن بين المسلم والذمى معاداة فكذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغى ان يكون اختلاف الملل مانعا فقال وان اختلفت مللهم لم يصر بعضهم مقهور بعضهم ليحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار فهم مقهورون من جهة المسلمين وذا يحملهم على التقول عليهم (قوله أراد به والله أعلم

عليه جواب آخر وتقريره سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض فى دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى الخ) لا تقبل شهادة الحربى على الذمى قال المصنف (أراد بالحربى المستأمن) وانما قال ذلك لان شهادة الحربى الذمى لم يستأمن على الذمى غير متصورة لانها تكون فى مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر فى دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل حربى دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه لا ولاية له على الذمى لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلاف الدارين

على أن الحق ما هم عليه) أقول قوله ومن بعدهم مبتدأ وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقى ههنا بحث فليتأمل (قوله منع لوجود الملزوم) أقول يعنى منع لوجود الولاية (قوله وقدم لنا الخ) أقول مر آنفا (قال المصنف لانه يغيظه) أقول قال الكاكى أى المسلم وفى النهاية الشأن أى الشأن هو أن يسخط الذى قهره اياه (قوله لانه ماخوذ قهرا) أقول جواب لقوله لا يقال يجوز الخ (قوله لانه لا ولاية له على الذمى) أقول لم لا يكفى كونه من أهل الولاية بمطلقا على ماذكره فى الذمى والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم

حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا فى شرح رسالتنا فى الفرائض وعلى هذا قوله وهو أعلى حالا منه أى أقرب الى الاسلام من المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذمى دون المستامن استظهارا على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمى وتقبل شهادة الذمى عليه لانه لكونه أعلى حالا أقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمى والمستامن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة فى انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستامنين فضم ذلك اليه للعلية فى بعض الصور دون بعض الحكم والاول هو الظاهر فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمى على المستامن لا جزء العلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتامل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمى على المستامن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال (وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض الخ) المستامنون فى دارنا لا يخلوا اما أن يكونوا من دار واحدة أولا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثانى (٤٩٠) كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله بخلاف الذمى) جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمى على المستامن لوجوده لكنها قبلت ووجهه أن يقال الذمى من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمى على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص فى المستامن فتقبل شهادة الذمى عليه ولا كذلك المستامن لانه ليس من أهل دارنا وفيه اشارة الى أن أهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهى تجمعهم بخلاف المستامنين قال (وان كانت الحسنات أكثر من السيآت الخ) واذا كانت الحسنات أكثر من

لان الذمى من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمى لانه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن (وان كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية هذا هو الصحيح فى حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا

فان الحربى لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على أحد وذلك لان الذمى أعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو أقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمى متصل بقوله فان كانوا من دارين يعنى تقبل شهادة الذمى على المستأمن وان كانوا من أهل دارين مختلفين لان الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستامن فكذا الذمى وانما لا يجرى التوارث بين الذمى والمستامن لان المستامن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الارث والمال (قوله واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصى والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضى أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال أحسن ما نقل فى هذا الباب ما روى عن أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصارى القاضى ثم ذكر

المستأمن) وانما قيد بهذا العدم شهادة الكافر الحربى على الذمى لما أن الشهادة انما تكون فى مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير فى دار الاسلام ولو دخل حربى فى دار الاسلام بغير استئمان يؤخذ قهرا فيسترق فتكون شهادته شهادة عبد فلا تقبل شهادة عبد على أحد (قوله لان الذمى من أهل دارنا وهو أعلى منه) أى أقرب الى أهل الاسلام لانه قبل ما هو خلف الاسلام وهو الجزية ولانه صار محقون الدم على التأبيد ولهذا يقتل المسلم بالذمى قصاصا ولا يقتل المسلم بالمستأمن (قوله بخلاف الذمى لانه من أهل دارنا ولا كذلك المستامن) متصل

(قال المصنف لان الذمى من أهل دارنا) أقول قال الكاكى وانما لا يجرى التوارث بين الذمى والمستامن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الارث والمال انتهى فلم لا يقال مثل هذا فى المستامنين من دارين مختلفين (قوله وتقبل شهادة الذمى عليه) أقول لا يستفاد من هذا التقرير ما أراده بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم قبول شهادة المستامن على الذمى (قوله وفيه نظر لان اختلاف الدارين الخ) أقول لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالا من الآخر أعنى تساويهما فى الحال (قوله فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستامن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول أنت خبير بانه مخالف لقوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شئ وأيضا مخالف لما نص عليه المصنف آنفا من سلب ولاية الذمى بالاضافة الى المسلم فهذا شرح الكلام بما لا يرضى صاحبه فالاولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا (قال المصنف اذ لا بد من توقى الكبائر كلها) أقول وفيه بحث ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر يسيرا وهو قول آخر من أصحابنا فى

السيآت وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار (٤٩١) على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب أحواله فى تعاطى الصغائر فان كان اتيانه بما هو ماذون فى الشرع أغلب من المامه بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضى الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها (وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختن) لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد فى ذلك نص ولا اجماع والمتاخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده لما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما ختنا اليوم السابع أو بعد السابع لكنه شاذ

فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان فى اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا

ذلك وكان يكفيه الى قوله ومروءته ظاهرة وقول المصنف (فاما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة) يريد الصغيرة ولفظ الالمام وألم قد اشتهر فى الصغيرة ومنه قول أبى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة

ان تغفر اللهم تغفر جما * وأى عبد لك لا ألما

هكذا أورده العتبى عنه بسنده ونسبه الخطابى الى أمية ونسبة صاحب الذخيرة اياه الى النبى صلى الله عليه وسلم غلط ولا باس بذكر أفراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأولا فى تركها كان يكون معتقدا افضلية أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والاول أوجه وذكر الاسبيجابى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه فى غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى نفقة طريق مكة كانه رأى منه تضييقا ومشاحة فشهد منه البخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال ونرد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكاته وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهود قال المشايخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الاقلف) نص عليه الخصاف قال وتجوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما

بقوله وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل أى شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا من منعات مختلفة لانهم صاروا من أهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على أهل الذمة كلهم وان كانوا من منعات مختلفة فكذا شهادة بعضهم على البعض لما أن دار الاسلام لا تختلف باختلاف المنعة بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل الدارين كالروم والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجرى التوارث فان قيل الذمى مع المستامن مختلفان دارا وقد قبلت شهادته على المستأمن قلنا الذمى لعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستامن فكذا شهادته على المستامن بخلاف الرومى والتركى لاستوائهما وقد اختلفت الدار فامتنع القبول (قوله وان ألم بمعصية) حكى عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر ولا يخلون عن اتيان ما هو مأذون به فى الشرع فيعتبر فى ذلك الغالب يريد به فى حق الصغائر فان كان غالب أحواله انه ياتى بما هو مأذون به فى الشرع ويحترز عما لا يحل فى الشرع من الصغائر كان جائز الشهادة بعد ان تحرز عن كل الكبائر وان كان غالب أحواله انه لا يحترز من الصغائر لا يكون جائز الشهادة (قوله وتقبل شهادة الاقلف) وعن ابن عباس رضى الله عنه لا تقبل شهادته وانما تقبل عندنا اذا ترك بعذر الكبر أو خوف الهلاك فان ترك على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين

البدائع ومن أصحابنا من قال اذا كان الرجل صالحا فى أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شئ من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر يكون كبيرة محضة وان كانت للتداوى انتهى ولعل هذا الاخير هو الاولى ويفهم ذلك من قوله هذا هو الصحيح فى حد

العدالة انتهى فليتامل (قال المصنف الا اذا تركه) أقول أى الختان المفهوم من الكلام

(و) تقبل شهادة (الخصي) وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله) والكاف زائدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء فيتهم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به مالم يتحدث به سلمناه لكن لانسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه (وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله تعالى (٤٩٢) واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق لان أجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العلمل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق (لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم أو يؤاجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم أطيب الاكساب قال صلى الله عليه وسلم أفضل الناس عند الله قال

(والخصي) لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

أراد به المجوسي ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصي اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن أبي شيبة بسنده ورواه أبو نعيم في الحلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر فقال عمر رضي الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جارود ما أراك الا مجلودا قال يشرب ختنك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصي لعمر أتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني أشهد أني رأيته يتقيؤها فقال عمر ما قاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبد الرزاق مطولا (قوله وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره اذ لا تزر وازرة وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله أبو هريرة وأبو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا أحسن مما قيل ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل مالم يظهر وينقشع عنه الظلم كالحجاج. وقيل أراد ما روي عن أبي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية وقيل أراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم

فلا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا (قوله وشهادة الخنثى جائزة) وفي الخزانة والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل (قوله عمال السلطان عند عامة المشايخ) وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء وانما أورد هذه المسئلة ردا لقول ذلك القائل

(قوله سلمناه لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول فيه بحث اذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه والجواب أن المسلم هو عدم كون القدح مطلقا بالتحدث يعني سلمنا انه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة الا أن المؤاخذة في ارادة ذلك واختياره لا في مجرد الحب الطبيعي ولا نسلم أن العادل يريد ذلك

من يأكل من كسب يده فأني يوجب جرحا قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) اذا شهد رجلان أن أباهما أوصى الى فلان أو شهد الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما أن يكون الموت معروفا والوصي راضيا أو لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة متهم لعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم ووجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب (٤٩٣) على القاضي مالا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيأ فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا أنكر أو لم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على أنفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا أن أباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصي لم يجز) وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة

وباخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم (قوله واذا شهد الرجلان) صورتها رجل ادعى أنه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان فقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيأ لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء ويجوز استعمالها لفائدة

لان كسبهم أطيب الكسب على ما ورد في الحديث أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا (قوله وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه) وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما والغريمان قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما أو يبرآن بالدفع اليه والوصيان قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليه حقوقهما (قوله مؤنة التعيين) لان القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصية لامانته وديانته وهدايته أم لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه وأخبرا القاضي بانه أهل لذلك فكفي مؤنة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي (قوله والوصيان اذا أقرا ان معهما ثالثا) جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على

(قال المصنف واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان) أقول يقال أوصى اليه أي جعله وصيا وأوصى له بكذا أي جعله موصى له (قال المصنف والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا) أقول قوله والوصي يدعي أي والوصي يرضى هكذا سنح للبال ثم رأيت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسود ما نصه والمراد من الدعوى في قوله والوصي يدعي هو الرضا اذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي ان ينصب وصيا اذا رضي هو به انتهى (قوله لانه ليس له نصب ولاية الوصي) أقول الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصي

غـير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر باحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضى فى تعيين الانصـباء فكذا هذه الشهادة فى هـذه الصور لم تثبت شيأ وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصى عن القاضى فان للقاضى اذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب الوصى وكذا اذا كان للميت وصى وادعى العجـز وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيأ وثبت الموت فللقاضى أو عليه أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعـترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشـهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شـهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف الا أن يكون هو معهما أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضى الآخر وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضى لا يملك نصب وصى قبـل الموت الا فى شـهادة الغريمين المديونين فانه لا يشـترط فى اثبات الوصى الذى شهدا له ثبوت الموت لانهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهـما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينـه وهو يدعى الوكالة لا تقبـل لانه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو أثبت القاضى وكالته لكان مثبتا لها بهـذه الشهادة وهى لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرنا ظهر أن عدم قبول هذه الشـهادة ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر أنه لم يثبت بها شئ وانما ثبت عندهما نصب القاضى وصيا اختاروه وليس هنا موضع غير هـذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرا فى نفس ايصاء القاضى اليه فالقياس لا يأباه فلا وجـه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن أصحاب المذهب فى الجامع الصـغير ليس الا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله فى شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى اليـه قال جائز ان ادعى ذلك وان أنكر لم يجز وان شهدا ان أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا فى ذلك كله لان القاضى لا يقـدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهى ليست بموجبة * (فروع) * اذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكا للمودع عنهما تقبل ولو شهدا على اقرار مدعيها انها ملك المودع لا تقبل الا اذا كانا ردا الوديعة على المودع ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت ولو شـهدا بذلك بعد هـلاك الرهن لا تقبل ويضمنان قيمته للمدعى لاقرارهما بالغصب ولو شهدا على اقرار المدعى بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل وان كان الرهن هالكا الا اذا شـهدا بعد رد الرهن واذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنا قيمته للمدعى لما ذكرنا ولو شـهد الغاصبان بالملك للمدعى لا تقبل الا اذا كان بعد رد المغصوب ولو هلك فى يدهما ثم شـهدا للمدعى لا تقبل ولو شهد المستقرضان بان الملك فى المسـتقرض للمدعى لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ولو رد عينه وعن أبى يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء اذا شهد المشتريان شراء فاسـدا بان المشترى ملك للمدعى بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضى العقد أو تراضوا على نقضه هذا اذا كان فى يدهما فلو رداه على البائع ثم شـهدا قبلت ولو شهد المشترى بما اشترى لانسان ولو بعد التقايل أو الرد بالعيب بلا قضاء لا تقبل كالبائع اذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعى بعد البيع ولو كان الرد بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بان الدين الذى عليهما لهذا المدعى لا تقبل وان قضيا الدين وشهادة المستاجر بكون الدار للمدعى ان قال المدعى ان الاجارة كانت بامرى لا تقبل ولو قال كانت بغير أمرى تقبل وشـهادة ساكن الدار بغير اجارة للمدعى أو عليـه تقبل خلافا لمحمد فيما عليه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شـهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل وفى العيون أعتقهما بعد الشراء ثم شـهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشـترى عند جحوده تجوز اجماعا ولو وكله بالخصومة فى ألف قبل فلان فخاصم عند غير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى فشهد بهذه الالف لموكله جازت خلافا لابى يوسـف فانه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ولو كان خاصم عند القاضى والباقى بحاله لم تجز ولو خاصم فى الالف

الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فتمكن التهمة فى الشـهادة فاجاب أن الوصيين اذا أقرا ان معهما ثالثا

قال

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لان الفسـق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولانه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة

عند القاضى والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ان كان التوكيل عند القاضى قبلت وان كان خارجا عنه فاحتاج الى اثبات الوكالة عند القاضى بالاشهاد لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم بخلاف الاول لان القاضى علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصـير خصما فتقبل فى غير ما صار فيه خصما هـذا كله فى الوكالة الخاصة وهى التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل أما العامة وهى أن يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شـهادته لموكله بشئ على أحد بعد العزل الا على ما وجب بعد العزل شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لا تقبل اذا جحد المطلوب الوكالة وكذا فى الوكالة بالخصومة وشـهادة ابنى الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شـهادة أبويه وأجـداده وأحفاده وشـهادة الوصى للميت بعـد ما أخرجه القاضى عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أولا ولو شـهد لكبير على أجنبى تقبل فى ظاهر الرواية ولو لكبير وصغير معا فى غير الميراث لا تقبل ولو شـهد الوصـيان على اقرار الميت بشئ معين دار أو غيرها لوارث بالغ تقبل والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تكرار أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفى الامرين والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد فان كان متضمنا أحدهما سمعت الشـهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على اقرارهم أنهم شـهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة أو على اقرارهم أنهم أجراء فى هذه الشـهادة أو اقرارهم أن المدعى مبطل فى هذه الدعوى أو اقرارهم أن لا شـهادة لهم على المدعى عليه فى هـذه الحادثة ففى هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة أوجه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشـهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس فى وسع القاضى الزام الفسق لاحد لتمكنه من رفعه فى الحال بالتوبة الثانى ان بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليـه قال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشـهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر فى افادة القاضى على وجه الاشاعة بان يشهد فى مجلس القضاء المشتمل على ملا من الناس اذ يندفع بان يخبر القاضى سرا فيتفرع على هذه الصور التى ذكرناها ومنها ما لو أقام رجل يعنى المدعى عليه البينة أن المدعى استاجر الشهود لهـذا الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح أجاب المصـنف عنـه بقوله والاستئجار وان كان أمرا زائدا فلا خصم فى اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعى فى اثبات حقه هـذا بل أجنبى عنه وأورد أنه ينبغى أن تقبل هذه الشـهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعى فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بان المعدل فى زماننا

يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعـترافهما بخلاف ما اذا كان الوصى جاحـدا لان القاضى ليس له اجبار أحد على قبول الوصاية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئـذ لم يكن له ولاية نصب الوصى الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة فيبطل بمعنى التهمة وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشـهادة وان لم يكن الموت معروفا قيـل معنى القبول أمر القاضى اياهما باداء ما عليهما اليه لا براءتهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيـه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها (قوله ولا يسمع القاضى البينة على الجرح) أى على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غـير أن يتضمن

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة عـلى جرح الخ) الجرح اما أن يكون مجردا أو غـيره لانه لا يخلو اما أن يكون مما يدخـل تحت حكم الحاكم أولا والثانى هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هـو الثانى ولك أن تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعى على الغريم بشئ وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلو ربا فالقاضى لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخـل تحت الحكم لتمكن المقضى عليـه من رفعه بالتوبة ورفع الالزام وسماعها انما هـو للحكم والالزام والثانى قيل وعليه الاعتماد أن فى الجـرح المفرد هتـك السر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهـد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطى اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيـل ما بالهم لم يجعـلوا معدلين فى العلانية فيسمع منهـم الجرح المفرد

(قوله هم فسـقة أو زناة) أقـول أى زناة فى زمن متقادم

أجيب بان من شرط ذلك فى زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو بعلم القاضى بذلك سرا اذا ساله القاضى تفاديا عن التعادى واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله الا انه) استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع أى لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه (أقر ان شهودى فسقة) فانها تقبل (لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم) ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعى والحاكى لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا بان المدعى استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستئجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده قبلت لانه خصم فى ذلك) فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه (وكذا اذا

أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال) لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أى ولما قلنا أنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر فى المتن وقيل لما قلنا من الدليلين فى الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب

(قوله أجيب بان من شرط ذلك فى زماننا الخ) أقول فيه أن التقييد بقوله فى زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية فى الزمان الاول وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لا يخفى فليتامل فى جوابه (قوله الا انه استثناء الخ) أقول فى نسخ الهداية الا اذا الخ فقول الشارح قوله

احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك تقبل) لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استاجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان أمرا زائدا عليه فلا خصم فى اثباته لان المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان المدعى استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده تقبل لانه خصم فى ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو أقام البينة

يخبر القاضى سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادى وأما الرجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضى وقول الشاهد لا شهادة عندى لشك أو ظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة فاما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق العبد أو لله سبحانه بان يشهدوا أن المدعى استاجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالى الذى كان فى يده أو انى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذى وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الى آخره لكن لم أدفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شرب الخمر أو سرق منى أو زنى أو شريك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذى كان فيه هذا الامر قبلت

ايجاب حق من حقوق الشرع أو حق من حقوق العباد نحو أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة خمر أو على اقرارهم انهم شهدوا بالزور أو على اقرارهم انهم اجراء فى أداء هذه الشهادة أو على اقرارهم ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى أو على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة وانما لا تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس فى وسع القاضى الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهى حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يقال ان فيه ضرورة وهى كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة وقد قال عليه السلام أنصر أخاك ظالما أو مظلوما لانه لا ضرورة الى أداء هذه الشهادة على ملأ من الناس ويمكنه كفه عن الظلم باخبار القاضى بذلك سرا الا اذا شهدوا على اقرار المدعى انهم فسقة أو شهدوا بزور أو نحوه لانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وانما حكوا اظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصيرون فاسقين فيثبت المشهود به وكذا الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضى على الالزام لانه لا يرتفع بالتوبة (قوله ولهذا قلنا انه لو أقام البينة ان الشاهد عبد أو محدود فى قذف

الا انه الخ ليس كما ينبغى بل الصواب أن يقال الا اذا ثم ان قوله استثناء من قوله لان الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا ان يسمع القاضى البينة (قال المصنف وكذا لو أقامها على انى صالحت) أقول لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلم والا فلا صلح بالمعنى الشرعى بينهما (قوله ولهذا قيل) أقول القائل هو الكاكى (قوله وليس له ذكر فى المتن) أقول والامر فيه بين أيضا فان المعلومية بالالتزام تكفى فى ذلك لان تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول والاظهر أن يقال لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبنى على هذين الدليلين قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لان الاصل هو القبول ولا مانع وانما قلنا ان الاظهر ذلك لما لا يخفى مما فى تقرير الشارح حيث يدل على ان ما ذكره مبنى على ذينك الدليلين وليس الامر كذلك

أن يقول ولذلك وهذا أسهل والمعنى اذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة أما قوله انه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمى أثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه وأما قوله انه محدود فى قذف فلانه تعلق به حكم وهو اكمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل فى هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب أن اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جائز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت فى الجرح المجرد أيضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضى سرا ولا يظهره فى مجلس الحكم وعلى هذا فى اقامة البينة على ذلك اعتباران أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهو غير مقبول والثانى لاقامة الحد وهو مقبول

ومن علامته عدم التقادم وأما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا أقام البينة ان الشاهد ابن المدعى أو أبوه قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتى قال فخر الاسلام أى أخطات بنسيان ما يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة يعنى تركت ما يجب على أو أتيت بما لا يجوز لى فاما أن يقول ذلك وهو فى مجلس القاضى أو بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما أن يكون عدلا أو غيره والمتدارك اما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أو لا فان كان غير عدل ردت شهادته مطلقا أى سواء قاله فى المجلس أو بعده فى موضع الشبهة أو غيره وان كان عدلا قبلت شهادته فى غير موضع الشبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعى

ان الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى فان كان عدلا

أو على اقرار المدعى أنه استاجرهم تقبل فى ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفى ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق للعبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضى وقضاء القاضى حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم بانهم شركاء المشهود له اذ ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة والمراد أنه شريك مفاوض فهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يريد أنه شريكه فى المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعى بما نسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه فى حق نفسه وكذا الاشاعة فى شهادتهم أنهم محدودون انما هى منسوبة الى قضاء القاضى أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف فى الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به فقيل فى وجهه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وأنت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم على اقرار المدعى ذلك أو انه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم فى هذا ما عنه ثم قد وقع فى عد صور عدم القبول أن يشهدوا بانهم فسقة أو زناة أو شربة خمر وفى صور القبول أن يشهدوا بانه شرب أو زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتاويل (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى أى أخطات لنسيان) عرانى بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هى خمسمائة أو بنقص بان شهد بخمسمائة فقال أوهمت

اذا كان فيه خصم ثم يثبت الجرح بناء عليه قلنا انه لو أقام البينة ان الشاهد عبد تقبل لان الرق حق الله تعالى أو محدود فى قذف لان فيه احياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة وانه من تمام الحد أو شارب خمر ولم يتقادم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد أو قاذف والمقذوف يدعى لان فيه اثبات الحد وفيه حقان والمغلب حق الله تعالى أو شريك المدعى أى يشهد بمال مشترك فتثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة فان قيل ينبغى أن يقبل الشهود فى الجرح المجرد لانه فى معنى التزكية علانية قلنا فى هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير بهذه الاشاعة فكان يمكنهم أن يخبروا القاضى بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة الفاحشة من غير أن يتمكنوا بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت فى بعض شهادتى) قيل معنى قوله أوهمت فى بعض شهادتى أن يكون غلطا فى المقدار أو

والمدعى عليه أو الاشارة الى أحدهما سواء كان فى مجلس القضاء أو فى غيره وتدارك ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط وأما اذا كان

(قوله وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول ليكون اشارة الى بعده (قوله أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى) أقول أو شارب أى ولم يتقادم وقوله أو سارق أى من المدعى عليه وقوله أو قاذف أى والحال أن المقذوف يدعيه وقوله أو شريك المدعى أى والمدعى مال قال المصنف (حتى قال أوهمت بعض شهادتى) أقول منصوب على نزع الخافض أى فى بعض شهادتى قال المصنف (قوله أوهمت أى أخطات) أقول الاولى حذف أى التفسيرية كما لا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وارادة العام لان أوهم بمعنى اسقط (قال المصنف أو بزيادة كانت باطلة) اقول جملة كانت باطلة صفة لزيادة

في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة أو بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد أولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته و وجب قضاؤ فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقي أو زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في أوانه) وهو قبل البراح من المجلس (وهو عدل وأما اذا كان بعدما قام عن المجلس فلم يقبل) لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه

الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط) (قوله ولان المجلس اذا اتحد) دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فانه ألحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (اذا وقع الغلط في بعض الحدود) فذكر الشرقي في مكان الغربي أو بالعكس (أو في بعض النسب) كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس أيضا في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير (والظاهر ماذكرناه) أولا من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس والله أعلم

جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجالس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ماذكرناه والله أعلم

انما هي ألف (جازت شهادته) اذا كان عدلا أي ثابت العدالة عند القاضي أولا فسال عنه فعدل (و وجهه أن الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجالس القضاء) اذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل (وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود) بان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه (أو في بعض النسب) بان قال محمد بن علي بن عمران تداركه في المجلس قبل و بعده لا واذا جازت ولم ترد فبماذا يقضي قيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ولا بد من قيده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال بل ألف وخمسمائة لا يدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعي ألفا وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول أوهمت انما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن هل يقضي بالف أو بالف وخمسمائة

في الجنس أو في السبب ثم قيل يقضي بجميع ما شهد لان ما شهد صار حقا للمدعي على المدعى عليه ولا يبطل بقوله أوهمت وقيل يقضي بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسمائة بل هو خمسمائة يقضي عليه بخمسمائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسمائة لا يقضي بالف كذا هذا واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعد القضاء وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته فيما بقي واذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال أو غلطت أو نسيت فهو مثل قوله قد شككت (قوله وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود) بان يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي أو على العكس أو في بعض النسب بان يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا أي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده (قوله وهذا اذا كان موضع شبهة) قال في النهاية أي موضع شبهة

(قوله بجميع ما شهد اولا) اقول اى الفا وخمسمائة (قوله وبما بقي أو زاد عند آخرين الخ) أقول والاظهر عندي قول الآخرين فان على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذبا في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقا ثم ان المراد من قوله وبما بقي خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول الظاهر أن يقال بعده (قوله وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة) أقول بل في الدليل الاول أيضا اشارة اليه يظهر ذلك بالتأمل (قال المصنف وهذا اذا كان موضع شبهة) أقول أي شبهة التلبيس وفي النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث

قيل يقضي بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي بخمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف فكذا اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته أي لا ترد لكن لا يقضي الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا أنه يقضي بالكل وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بان الدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فاني لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم في قولهم شككنا قبل القضاء و بعده في أنه يقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظ الشهادة أو الاشارة الى المدعى عليه أو المدعي أو اسم أحدهما فانه وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء *(فروع)* من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد في المكتب قبلت فان كان لهم أولاد فالاصح أنه تجوز أيضا وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل وكذا اذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع وكذا أبناء السبيل اذا شهدوا أنه وقف لابناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل وقال بعضهم منهم الامام الفضلي لا تقبل شهادة أهل المسجد وقال أبو بكر بن حامد في جنس هذه المسائل تقبل على كل حال لان كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكتب غير لازم بل ينتقل وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتبطل للباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفي وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف قلت وكذا ذكر الخصاف في أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين ألا ترى أنه انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق ألا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة ألا ترى أن ولي الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة وكأن الفرق تعينهما في هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد تقبل وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفي النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وكذا في وقف المدرسة على هذا في فتاوى النسفي وقيل ان كانت السكة نافذة تقبل مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا

التلبيس من المدعي أو المدعى عليه فاما اذا لم يكن أي موضع شبهة فلا باس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعي أو المدعى عليه أو ترك الاشارة الى المدعي والمدعى عليه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر

(باب الاختلاف فى الشهادة) تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعا للتناسب قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه واتلاف مافيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ألا ترى أن المدعى يقول أدعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات

(باب الاختلاف فى الشهادة)

قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)
لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

لغيرهما ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بنى تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيأ ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما و وضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهى باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين و يوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد أو لابويه أو لاولاده أو لزوجته لا تجوز

(باب الاختلاف فى الشهادة)

الاختلاف فى الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اماعن رؤية كما فى الغصب والقتل أو سماع اقرار وغيره والشاهدان مستويان فى ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عمالم يذكر فيه خلاف (قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل) لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلابد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجدت) الدعوى (فيما يوافقها) أى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فانها لمالم توافقها صارت الدعوى بشىء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة

(باب الاختلاف فى الشهادة)

(قوله لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط) قيد بحقوق العباد لانه لا يشترط فى حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل أحد خصم فى اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل أحد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعى مطالبة مايشهد به الشهود فتقبل واذا خالفتها لم يوجد من المدعى مطالبة ماشهد به الشهود فلم تقبل و يعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجوز بحجة وهى شهادة المثنى فمالم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة واتفاقهما فى اللفظ والمعنى شرط عند أبى حنيفة رحمه الله والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لا تقبل الشهادة عنده كما لو شهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير وهذا لان لفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراد بالالفين غير ما يراد بالالف فلم يثبت واحد من اللفظين لانه ليس على كل واحد من اللفظين الاشهادة واحدة فان قيل الالف موجود فى الالفين قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف فى ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت

(باب الاختلاف فى الشهادة)

(قوله والاختلاف انما هو بعارض الجهل) أقول وأيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد أى ملزومه وأيضا الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب اذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتامل (قال المصنف الشهادة اذا وافقت قبلت) أقول صدر الباب بهذه المسئلة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول فى أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص) أقول أى من له خلاصه كقوله تعالى فان الجنة هى المأوى (قوله أو ادعى شق زقه) أقول فيه بحث (قوله وشهد بانشقاقه) أقول أى من غير شقه (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف فى الملك الذى هو احدى مقولات العرض وليس كذلك بل ماذكره من قبيل النسبة (قوله اما أن تقدمها) أقول الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلان القاضى نصب لفصل الخصومات

فلابد منها ولا نعنى بالخصومة الا الدعوى وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثانى أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الاول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لا أن وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثانى بان الاصل فى الشهود العدالة لاسيما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل

واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة أو كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فمن الاقل مالو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا فى غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت هى المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلنا لان الملك بسبب اقل من المطلق لانه يفيد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج لان الملك المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر مالو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان ذلك السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهى خلافية وذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر فى شىء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف وفيه ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاها بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت فى الخلاصة تقبل وحكى فى فصول العمادى خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا لان دعوى الشراء معتبرة فى نفسها الا كالمطلق ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى شرح الحيل للعلوانى فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا تقبل قال فى المحيط فى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وعندى الوجه القبول لان أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب جل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه بعض ما شهدوا به أولا ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما لو شهدوا جميعا بالمطلق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق واذا ارخ احد الشاهدين دون الآخر تقبل فى دعوى غير المؤرخ لا فى دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا اشهرا تقبل وعلى القلب لا ولو ارخ المطلق بان قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل * ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التى نذكرها دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها اكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا انها له ولم يستثنوا شيأ لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفى المحيط نقلا من الاقضية وأدب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال اى فى العين فشهدوا ان هذا العين كان

مافى ضمنه ألا ترى انه لو شهد أحدهما انه قال لامرأته أنت خلية وشهد آخر أنه قال لها أنت برية لا يثبت شىء

فلابد منها) أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا والاصوب أن يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى فى حقوق العباد ولا يكون ذلك الا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) اقول كذا ذكره الشارحون وعندى الاولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا يرد البحث الثانى أصلا على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعى بشاهدين آخرين وأيضا ماذكره فى الجواب مخالف لما سيأتى فى مسئلة الشهادة بالالف والخمسمائة اذا ادعى المدعى الالف حيث جعل سكوت المدعى عن الخمسمائة تكذيبا للشاهد وتفسيقا له ولهذا لم تقبل فليتامل (قوله وعن الثانى الى قوله عملا بالاصل) اقول مخالف لما سيجىء أن اكذاب المدعى شاهده تفسيق له فراجعه

قد ملكه تقبل لانهما أثبتت الملك فى الماضى فيحكم بها فى الحال مالم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ماذكرها لا يجوز للقاضى ان يقول امروز ملك وى مى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضى ان يقول اتعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغى للقاضى ان يقول هل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره فى المحيط قال العمادى فعلى هذا اذا ادعى الدين فشهدا انه كان له عليه دين كذا ينبغى ان تقبل كما فى العين ومثله اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك فى الماضى اما لو شهدوا باليد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما اسلفناه وعن ابى يوسف يقضى بها وخرج العمادى على هذا ما فى الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدى الاقرار يشهدان انه كان عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول فى احداهما دون الاخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضى بذلك وأن القاضى حينئذ لا يقضى بشئ وسيأتى من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله سبحانه أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى فى الماضى أن هذه الجارية كانت ملكى فشهدا أنها له اختلف فى قبولها والاصح أنها لا تقبل وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل وانما تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها كانت له لان اسناد المدعى دليل على نفى ملكه فى الحال اذ لا فائدة له فى الاقتصار على الماضى الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين اذا اسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه فى الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفى الخلاصة ادعى النقرة الجيدة و بين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة او رديئة او وسطا تقبل و يقضى بالردىء بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها او هلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر فى المسئلة المسطورة وهى ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدهما عليه بذلك والذى لى عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال فى الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اى اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله فى الاقرار تقبل لما سياتى فى المسئلة المذكورة قبلها وفى الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان ياخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف فى السبب ومثله ادعى أنه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول فى المحيط والعمدة وقال قاضيخان قالوا تقبل عند أبى يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا او قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فان الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذى اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالى جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل و يجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط

وان اتفقا فى المعنى وفيما اذا شهد أحدهما بالالف والآخر بالالفين ان وقع الدعوى فى ألفين بان كان فى

قال

قال (و يعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا فى انها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلابد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهى مقبولة وأما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوزاه (فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى ألفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما) انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة) وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما كما اذا ادعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيجىء (ولابى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا) لان أحدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعانى الدالة هى عليها بالضرورة (١) وان شئت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفان لا يعبر بهما عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر

قال (و يعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى الالفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابى حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين

القبول فى شهادة أحدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضى وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به فى اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما فى الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر (قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) (أى يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضا (لوجوب القضاء) ثم الشرط فى تطابق الشاهدين عند أبى حنيفة رحمه الله (فى اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظيهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل) فلم يقض بشئ (عند أبى حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى ألفين) بخلاف ما لو كان يدعى ألفا لا يقضى بشئ اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لى عليه ألفان فقضانى ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا فى دعوى الدين أما فى دعوى العين بان كان فى كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما فى الكيس وهو ألفا درهم له وشهد آخر أن جميع ما فى الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار فى المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازى و بقولهما قال الشافعى وأحمد رحمهما الله ثم فى رواية عن الشافعى وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه (لهما أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة) حيث اتفقنا على أنه يقضى بالالف لذلك وهو أنهما اجتمعا على الشهادة بها (ولابى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا) فى لفظ غير مرادف (لان الالف لا يعبر به عن الالفين) و يلزمه اختلاف المعنى فانما

كيسة ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما فى الكيس له وهو ألفا درهم وشهد آخر بان نصف ما فى الكيس

(قال المصنف ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ) أقول المراد منه تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلا يضر مخالفة اللفظ اذا اتحد المعنى كما فى الهبة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول فى العموم بحث فان موافقة الشهادتين فى الكيف ليست شرط القبول عند أبى حنيفة على ما يجىء فى مسئلة سرقة البقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الامام التمرتاشى هنالك وكذا الموافقة فى الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجىء فى المبسوط وصرح قاضيخان نعم للشارح تردد فيه (قوله وأما اختلافه بحيث الى قوله بالتضمن) أقول كتب فى هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته اطلاق التضمن ههنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لانهما نوعان عندهم على ما عرف فى موضعه انتهى فاقول فى قوله نوعان عندهم بحث قال المصنف (وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول فيه اشارة الى أن المعتبر عنده هو الاتفاق فى المعنى واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل الا عنده فتدبر (قال المصنف وهذا لان الالف لا يعبر به الخ) أقول وأيضا ان شرط الشهادة خالف الدعوى كما لان المدعى يدعى الالفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الالف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى

(وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شئ منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما فى جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر فى المبسوط اذا ادعى ألفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبى حنيفة عن ذلك وأجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل أن يقول قد تقدم فى تلقين الشاهد اذا كان فى موضع التهمة بان ادعى ألفا وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضى يقول يحتمل انه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك و وفق فى شهادته كما وفق القاضى أنه لا يجوز بالاتفاق و بين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافى فالحق فى الجواب لابى حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط (٤٨٦) على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء أو الايفاء ولا يلزم أبا حنيفة ما اذا قال لها زوجها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها أنت طالق ألفا فانه يقع ثلاث لان الاكثر فى ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك

بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

(هما) أى الالف والالفان (جملتان) أى عددان (متباينتان حصل على كل واحد منهما شاهد وصار كما اذا اختلف جنس المال) بان شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعى يدعى السود لا تقبل على شئ أصلا لان المدعى كذب شاهد البيض الا أن يوفق المدعى فيقول كان لى البيض فابرأته من صفة الجودة فتقبل حينئذ أما لو كان يدعى البيض ولها مزية فانه يقضى بالسود ولم يحكوا خلافا ذكره فى الخلاصة عن الاقضية وكذا لو شهد المدعى كر حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى بالافضل يقضى بالاقل وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل و يحتاج الى الفرق على قول أبى حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف فى ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل أجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هى جزء الالفين فانما تثبت الالف فى ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الالفان فلم يثبت الالف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهى شرط على قول الكل وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا باقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعى ألفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هى ألفان ولم يثبت الالفان وفى المبسوط والاسرار الذى يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعنى قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدى الثلاث لا على شاهدى الواحدة ولو اعتبر ما قالا ان الواحدة

له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار فى المشار اليه مستغنى عنه (قوله بل هما جملتان متباينتان) أى كلمتان متباينتان وتسميته جملة لان مدلول كل واحد منهما جملة مغايرة لجملة هى مدلول الآخر

(قال المصنف فصار كما اذا اختلف جنس المال الخ) أقول ولا يخالف الشهادة فيها الدعوى كما لان الالف والخمسمائة اسم لعددين ألا ترى انه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة فى عدد الالف تامل (قوله لا حقيقة ولا مجازا) أقول مسلم ألا ترى الى قوله قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل * (قوله ذكر فى المبسوط الى قوله وأجيب) أقول ذكر قاضيخان فى فتاواه ان كان المدعى به دينا فشهدوا باقل مما ادعاه المدعى نحو ما اذا ادعى ألفا وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسمائة يقضى بخمسمائة ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة لا يقضى بشئ فى قول أبى حنيفة لان عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولم يوجد بخلاف ما تقدم لان ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق اه (قوله ووجوب الموافقة الخ) أقول الواو للحالية (قوله ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول قبيل باب الحبس فى كتاب القاضى (قوله انه لا يجوز بالاتفاق) أقول أى التلقين اذا الكلام فيه وليس فيه نفى قبول الشهادة حتى يثبت التنافى و جوابه ظاهر فانه اذا كانت الشهادة مقبولة فى هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى (قوله فوقعت واحدة) أقول وذلك لكون الثلاث صارت فى يدها مع ابعاضها كمن ملك عبدا ملك رجله و يده فلها أن توقع كلها أو بعضها قال

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر

توجد فى الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث الملكه العدد غير أنه لغا ما فوق الثلاث شرعا وأما عن الثانى فيمنع الترادف لان معنى عليه ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين من المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعى عقدا أما ان ادعى المال فى ضمن دعوى العقد من البيع والاجارة فالجواب ما ستعلمه فى آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة فى أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبى حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما انه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد الثلث من غلتها الذى أجمعا عليه والباقى للمساكين وكذا اذا سمى أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا اذا شهد أحدهما انه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف فى كل سنة ما يسعه و يسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدر نفقته وعياله فى العام فان كانت أكثر من الالف حكمت له بالالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقى للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة فى النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا فى لفظهما قال المعنى فيه أنه انما أراد الواقف الى أن لزيد بعض هذه الغلة فاجعل له الاقل انتهى فايراد هذا السؤال هو الذى ذكرت أنه أشار الى أنها اتفاقية فان ايراده ليس الا باعتبار قول أبى حنيفة وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر * (فروع) * ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه و به هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل للموافقة لان البيع فى الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتنى اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لا تقبل وفى المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل و بخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت فى يده واذا راجعت القاعدة التى نذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين فى القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه العليم (قوله وان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت الشهادة على ألف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح فى الشهادة

لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شئ فا[...] (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة الخ) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول (ا[...] شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطف احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه) ونظيره اذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة و بمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد أحدهما بعشر والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعى يدعى الاكثر وأ[...] اذا ادعى الاقل

(قوله لان الاكثر فى ذلك ثابت) أقول ان أراد ثابت لفظا ففى محل النزاع كذلك أو حكما ففيه بحث اذ ليس فى الشرع ألف طلا[...]

وقال (لم يكن لى الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة) لتكذيبه المدعى فى المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شئ فان قيل لم يكذبه الا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى عليه بالباقى كما قضى بالباقى فى الاقرار اذا كذب المقر فى بعض ما أقر به أجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار (قوله وكذا اذا سكت) يعنى اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشئ (لان التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لابد منه فى الاصح وعلى هذا لو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة اما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق أو يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر قال (واذا شهدا بالالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة) اذا ادعى ألفا وشهدا بالالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة (قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا أن يشهد معه آخر) فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لا غير أجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذى هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعى بقبض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبى يوسف أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة) لان القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة قال

لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لى عليه الا الالف فشهادة الذى شهد بالالف والخمسمائة باطلة) لانه كذبه المدعى فى المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلابد من التوفيق ولو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكنى استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه قال (واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاه) لانه شهادة فرد (الا أن يشهد معه آخر) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا

بالالف كما لو شهد أحدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعى الالف وسكت عن التوفيق لم يقض بشئ لانه اكذاب لشاهد الالف وخمسمائة ظاهرا لان السكوت فى موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حقى ألفا وخمسمائة فقضانى أو أبرأته من خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشئ ولا يكفى احتمال التوفيق فى الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لى الا الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشئ (قوله واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالالف لقبول شهادتهما عليها ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد) بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل (الا أن يشهد معه آخر وعن أبى يوسف) رحمه الله فى غير المشهور عنه (أنه يقضى بخمسمائة) فقط (لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا) يعنى قوله لاتفاقهما عليه يعنى فبعد ثبوت

(قوله فلابد من التوفيق) هذا جواب الاستحسان والقياس أن تقبل لامكان التوفيق (قوله وجوابه ما قلنا) وهو قوله لاتفاقهما عليه (قوله قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول) بيانه ان الشاهدين اذا شهدا لانسان بمال ثم شهدا عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذى هو المشهود له أولا يقضى له بما شهدا له وان كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تفسيق عن اضطرار والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له فى المائة الدينار تقبل شهادتهما على ألف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح فى شهادته له ولو شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان فى الزمان والمكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة

فصار كما اذا شهد أحدهما بالالف والآخر بخمسمائة وفى ذلك يقضى بالاقل كما قلنا فى الالف والالفين الا أن محمدا انما خالفه هنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اه (وجوابه ما قلنا) انهما اتفقا على وجوب الالف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيا

(قوله مكان الدين الذى هو غيره) أقول الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف) أقول ان أريد أنهما اتفقا على وجوب الالف الآن فسلم وان أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الاول فان قضاء الدين اذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى والمراد من كون القضاء تلو الوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لا زمانيا فليتامل

قال (وينبغى للشاهد) اذا علم بذلك (أن لا يشهد بالف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كى لا يصير معينا على الظلم (وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب فى غير

الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بالف وقال أحدهما انه قضاه اياها بعد قرضه فانه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبى يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبى يوسف فى هذه الرواية فانه اكذاب من المدعى فهو كما لو فسقه ووجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما الى آخره ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له (قال) القدورى (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك) أى بقضاء الخمسمائة (أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقبضها) لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة يثبت اختلافهما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول أبى حنيفة فيضيع حق المدعى فالوجه أن لا يشهد الذى عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذى سقط عن المدعى عليه والمراد هنا من لفظ لا ينبغى لا يحل نص عليه فى جامع أبى الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله فالشهود بالخيار ان شاؤا امتنعوا عن الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الدين أخبر وهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لا يقضى القاضى بالمال هذا قول الفقيه أبى جعفر وأبى نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قيل عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولى ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فاراد أن يشهد بالملك له فاخبره عدلان أن الملك للثانى لا يسعه أن يشهد بالملك للاول ولو أخبراه أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما هذا وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدورى لانه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبى يوسف التى نقلها يقتضى أنه لو شهد أحدهما بالف فقال أحدهما قضاه اياها أن لا يقضى بشئ على رواية أبى يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان لقائل أن يقول فى مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لان فى المسئلة الاولى للشاهد أن يقول انا تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج منها وقد قضاه خمسمائة ولكنى أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها اقضى له بالالف أما فى مسئلة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أدائها فشهادتى باطلة فلا يقضى بالالف فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة واستروح فى النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التى قبلها أن فى مسئلة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل

والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا فى الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان كان المشهود به قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب ونحوه أو قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما فى المكان أو الزمان يمنع القبول فان الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف فى زمانه أو مكانه لا تقبل شهادتهما وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان أحدهما انشاء والآخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء أن تقول زنيت أو أنت زان والاخبار أن يقول قذفتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انه سمع

(قوله وينبغى للشاهد) يعنى أن الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغى أن لا يشهد بالف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كى لا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق (وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء) والفرق بين مسئلة الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها أن فى مسئلة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعى أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا هذا اكذاب فى غير

(قال المصنف وذكر الطحاوى عن أصحابنا انه الخ) أقول والاشهر أن يكون هذا قول أبى يوسف

المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية (واذا شهدا على

الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه أما الاول فلكذب احداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول وأما الثاني فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلاته في الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحري الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل وكذا ان شهد بالقتل والآخر بالاقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما في الزمان أو المكان أو الانشاء أو الاقرار يمنع القبول لما ذكرنا اذ المراد بالانشاء والاقرار ذكران انشاء الفعل والاقرار به مثاله لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض بحمله على قول المقرض أقرضتك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ يحمل على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لان المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض * ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح أول من أمس فشهدوا به أمس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعي وأحمد في ظاهر روايته اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهد انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهد على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان أو المكان قبلت وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك (قوله واذا شهدا الخ) صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر أحدهما الانشاء والآخر الاقرار أو كلاهما الاقرار وثبت عندهما قذفه فهما شهدا به (قوله واذا شهدا على

عليه لشخص آخر قبل أن يشهد له فأكذبهم وحاصله أن اكذاب المدعي لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا وأما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه اضرورة الدفع عن نفسه قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احداهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد أعني القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها) قال (واذا شهدا على

(قال المصنف ومثله لا يمنع القبول) أقول والمفهوم من كلام قاضيخان انه انما لم يمنع اذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله الى قوله تفسيق له) أقول الظاهر أن يقال تفسيق لهم (قوله فليس بتفسيق) أقول أي حكما (قوله قد ذكرنا ان اختلاف الخ) أقول أي علم مما ذكرنا التزاما (قوله فاذا شهدا على

رجل

رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة (واختلفا في لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أو لا كالسواد والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضا فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا أولى لان أمر الحد أهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نصف الآدمي فصار كالذكورة والانوثة في المغايرة (ولابي حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي

رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا لا يقطع في الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لان أمر الحد أهم وصار كالذكورة والانوثة وله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره

لهالونا وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقته حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقليل تأمل لهما أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كما لو اختلفا في ذكورتها وأنوثتها أو في قيمتها لا تقبل كذا هذا وأيضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلأن لا تقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من انه لا يثبت باقل من أربعة فليس مما فيه الكلام أعني السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة أن بمجرد

رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع) الى قوله وقالا لا يقطع وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط وأما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لانه كذب أحد الشاهدين (قوله وصار كالغصب بل أولى) لان أمر الحد أهم أي الحد أعسر في الاثبات من الغصب لان الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة أولى أن لا يثبت الحد (قوله وله أن التوفيق ممكن) الى قوله واللونان يتشابهان أو يجتمعان فان قيل هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته قلنا ان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله فصار كما اذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهما يكلفان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصابا فأما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاخبار به للاثبات احياء للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن وبهذا تبين أن الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فان قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين تسمى بلقاء لا سوداء ولا بيضاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف الا أحدهما فهو عنده على ذلك اللون (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه) أي الوقوف على صفة

من بعيد) لكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالحمرة والصفرة (أو يجتمعان) بان تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته والثاني أن التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرأ بها والجواب عن الاول أن ذلك انما كان احتيالا لاثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة

رجل الخ) أقول هذا لا يتفرع على ما فرع عليه فانه اذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع الا أن يقال ضمير اختلافهما راجع الى الشاهد والمدعي لا الى الشاهدين لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول الاولى حذف كلمة كل (قال المصنف لان أمر الحد أهم) أقول لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال الخ) أقول في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لايجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة من حجج الشرع والاصل في حجج الشرع قبولها لا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لايجاب الحد ثم اذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا انتهى ولعل هذا الجواب وجه القياس الذي ذكره الشارح في جواب البحث الثاني ثم ان الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافي أيضا في باب الشهادة على الزنا من

المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أولا وأما اذا كان فى اختلاف مالم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضى بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان

والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكور والانوثة لا يجتمعان فى واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر أنه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد و يختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد

شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لأنهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما و يجب الحد واختلافهما فى أمر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا فى ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فانه يقطع وكما لو اختلفا فى مكان الزنا من البيت فقال أحدهما فى هذه الزاوية وقال الآخر فى تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة فى قبولها الى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسى غير أنا نتبرع بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالبا بالليل ونظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين فى البلقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الامرين فعلى الاول أو الثانى اذا اختلفا فى المتقارب بين وعلى الثانى فقط فى المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه فيه و بخلاف الذكورة والانوثة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصابا أولا ولان ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان فى زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق فى اختلافهما فى مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا لاثباته ولأن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد لرجل الخ) صورتها على ما فى الجامع فى الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعنى أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل الى آخر ما هناك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين اذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قضى بالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل فى شئ ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما اذا ادعى دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى الى قوله فى الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذى بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا

الذكورة والانوثة لا يكون الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتبه فلا حاجة الى التوفيق (قوله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن) فان قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما أن الاسباب لا تراعى لذاتها وانما هى وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصودا قلنا الحكم مقصود فى حق الانتفاع حتى اذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه انه باى سبب ثبت هذا فان الشهادة بالملك المطلق صحيح

اختلافا فى صلب الشهادة وعن الثانى بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان فى صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله أعلم بالصواب (قوله بخلاف الغصب) جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله (والذكورة والانوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما لا يجتمعان فى واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بالف الخ) رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بالف أو بالف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به يختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه ولان

بكتاب الحدود فراجعه (قوله والثانى أن التوفيق وان كان الخ) أقول كما سلف فى الدرس السابق (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه) أقول اذا كانت الشهادة بالذكورة والانوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لان التحمل فى الليالى من بعيد (قال المصنف على كل واحد منهما) أقول لفظة كل مع الاضافة اليه

أجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد فى الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر أجيب بان السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندى ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ما فى الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة ملصقين بالشراء وأما اذا اشترى بالف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن (قوله ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) دليل آخر على ذلك (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) سواء ادعى البيع بالف أو بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب وكذا اذا كانت الدعوى فى الكتابة أما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء فى كون العقد مقصودا وأما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى أما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل

ولان المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لان المقصود هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا اذا كان

(ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) وهو الشاهد بالالف (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) بان ادعى أنه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشترى الشراء فاقام الشاهدين كذلك (ولا فرق بين أن يدعى المدعى منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا) من اختلافهما فى المشهود به والتكذيب من المدعى وفى الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندى تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد فى الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بالف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه تعود الخصومة كما كانت فى الالف والخمسمائة المدعى بها وانما كان السبب وسيلة الى اثباتها ✱ ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف احداها هذه والثانية الكتابة ذكرها فى الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وأنكر المولى يعنى الكتابة على وزان ما ذكر فى البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعى هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا تصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا به فالشهادة ليست الا لاثباتها الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال

ولكن لو ثبت الحكم لا يثبت الا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين فى حق ذلك السبب المعين فكان اثبات ذلك السبب المعين مقصود المدعى والشاهدين حتى يثبت الحكم بناء عليه لانه مقصود بنفسه وذكر شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندى فى شرح الجامع فى آخر الباب من الاقرار الذى يختلف فيه المنطق قال السيد الامام اذا ادعى الشراء فشهد أحدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بالف وخمسمائة تقبل ولو اختلف الجنس بان شهد أحدهما بالشراء بالف درهم والآخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشترى بالف ثم يزيد فى الثمن خمسمائة فقد اتفقا على الشراء الواحد اما الشراء الواحد فلا يكون شراء بالف درهم ثم يصير شراء بمائة دينار كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله لما بينا) اشارة الى أن المقصود اثبات السبب

(قوله أجيب بان دعوى السبب المعين الخ) أقول وفيه بحث فان دعوى السبب المعين لا نسلم انها تدل على ما ذكره بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة الى المقصود فيها لانه لو ادعى الملك المطلق فيما ملكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به تحرزا عن الكذب اذ المطلق غير الملك بسبب فانهما مختلفان حيث ثبت الملك من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله فى الكنز وشرحه للزيلعى فى أول باب الاختلاف فى الشهادة ثم أقول اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب قبلت لان الملك بسبب أقل من المطلق ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث (قوله فان قيل التوفيق ممكن الخ) أقول امكان التوفيق لا يفيد كما سبق عن قريب (قوله وأما اذا اشترى بالف الخ قوله باصل الثمن) أقول فيه أن ما ذكره لا يتمشى فى احتمال أن يكون الثمن أولا ألفا وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع باصل الثمن وأيضا اذا كان الثمن أولا ألفا ثم زاد تكون المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول بزيادة ربح والتولية كذلك من غير زيادة ربح وانما يأخذ الشفيع باصل الثمن فى الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده (قوله قوله ولان المدعى الخ) أقول ان لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعى يدعى الاكثر فلا نسلم الاكذاب والسند ظاهر وان لوحظت يؤل الى الدليل الاول وجوابه اختيار الشق الثانى والاكذاب أمر مغاير لما ذكر فى الدليل الاول (قوله ان المقصود هو السبب) أقول وان المدعى يكذب أحد شاهديه (قوله وفيه نظر لفظا ومعنى) أقول فى كونه فيه نظر لفظا نظر اذ لا خلل فى نفس اللفظ (قوله العتق لا يثبت قبل

داء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة وأما الثانى فلان المولى
ا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقرير بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت
ون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة
كانت هى المقصود وعن الثانى بان قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لادنى البدلين
وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد) أما أن المدعى اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء فى كون العقد مقصودا والحاجة
اسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على ألف وخمسمائة
المرأة تدعى الالف أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الالف أو قال ولى القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل
عى الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الالف اذا ادعى ألفا وخمسمائة

هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لاحظ

والصلح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة فى الخلع والعبد فى العتق والقاتل فى الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذى يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وان كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتيل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل فان كان الاكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف وألفين فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ وهذا (لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا فى الدين) والسادسة الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشئ أصلا لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لانه) أى الراهن (لاحظ له فى الرهن) أى لا يقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وان كان) المدعى هو (المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى أن يكون اختلاف الشاهدين فى قدر المال كاختلافهما فيه فى البيع والشراء أجيب بان الرهن غير لازم فى حق المرتهن فان له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين فى جانب المرتهن اذ لرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته فى ثبوت الدين ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا أطالبه بالف وخمسمائة لى عليه على رهن له عندى فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن فى البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا

(قوله فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكر من الوجوه) أى خلافا ووفاقا (قوله لانه لاحظ فى الرهن) فان الحق فى الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى أن لا يثبت ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على اثبات حق الغير

بالاتفاق واذا ادعى ألفين تقبل عنده خلافا لهما ن ادعى أقل المالين يعتبر وجوه الثلاثة من التوفيق لتكذيب والسكوت عنهما (لانه يثبت العفو العتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل) عدم الدعوى لانه لما يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا قبل قد الرهن بالف غيره بالف خمسمائة فيجب ان لا تقبل بينة وان كان المدعى و المرتهن لانه كذب أحد شاهديه وأجيب بان الرهن عقد غير لازم فى حق المرتهن

لاداء) أقول فيه بحث فان معنى كلامه ان العتق لا يثبت قبل أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو باداء بعض البدل حتى يؤل له
عوى المولى الى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما فى دعوى الاعتاق على مال فلا اشعار لما ذكره ولا حاجة الى تقدير شئ (قوله
ل العتق لا يثبت الخ) أقول أى لا يحصل فى يد المولى (قوله ان مقصود المولى العتق) أقول أى العتق بعد أخذ المال (قوله لجواز أن لا يختار الخ)
قول لا يقال فيكون العبد مدعيا أيضا لانه لا يقع الا انه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله بادنى البدلين) أقول وأنت خبير
نه لا يخلو اما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أولا فان كان الاول فلا يفيد شاهدى المولى كما لا يخفى أو يوفق بينهما بانه أسقط بعض البدل بعد
عقد الاول بل نقول نقبل شاهدى المولى وتفصيله فى التخالف فى الشروح وان كان الثانى فلا يفيد أيضا لقدرته على الاستخدام بدونه اذ لا
ب يخرج عن يده وأيضا هذه المخاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم فى حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجىء آنفا
مسئلة الرهن وجوابه غير خفى على المتأمل

حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون
ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفى الاجارة لا يخلو اما أن تكون الدعوى فى أول المدة أو بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة
كما فى البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثانى فاما أن يكون المدعى هو الآجر أو المستأجر فان كان الآجر
فهو دعوى الدين يقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة فى وجوب الاجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا
وخمسمائة وشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند أبى حنيفة
كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال فى النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين
واختلافهما وهذا لانه ان أقر بالاكثر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فالآجر لا يأخذ منه ببينة سوى ذلك وفى بعض

له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفى الاجارة ان كان ذلك فى اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضى المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل فى النكاح أيضا) وذكر فى الامالى قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة رحمهما الله لهما أن هذا اختلاف فى العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابى حنيفة رحمه الله أن المال فى النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك

كان رهنه عندى على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين فى أنه رهنه بالف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان فى أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الآجر أنه أجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة (وان كان بعد مضيها) استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهو دعوى الاجرة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو يدعى الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد مضى المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف والثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجرى مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوجها منه لا تقبل ولو ادعى هو عليها ثانيا أنها زوجت نفسها منه فشهد هذا بانها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان زوجها لان لفظ زوجت نفسها يصدق به فى العرف وقد أطلق محمد فى الجامع عن أبى حنيفة رحمهما الله فقال فاما النكاح فان أبا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالالف وهى تدعى ألفا وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل أيضا فمشى المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون

(قوله وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة فى حق ثبوت الدين كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين (قوله وان كان بعد مضى المدة

الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو فى معنى الاول لان الدعوى اذا كانت فى العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا) اذا اختلف الشهود فى النكاح فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت بالف عند أبى حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل فى النكاح أيضا وذكر فى الامالى قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة لهما ان هذا اختلاف فى السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف فى السبب يمنع قبول الشهادة كما فى البيع ولابى حنيفة ان المال فى النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر وعلك التصرف فى النكاح من لا يملك التصرف فى المال كالعم والاخ والاختلاف فى التابع لا يوجب الاختلاف فى الاصل فكان ثابتا (قوله والاصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر وتقريره الاصل فى النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف فى موضعه

(قوله لان الرهن لا يكون الا بدين الخ) أقول مخالف لما أسلفه فى جواب النظر الثانى آنفا فتأمل فى جوابه (قال المصنف وان كان بعد مضى المدة والمدعى هو الآجر الخ) أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة فى اول الاجارة ان الاجير هو معطى الاجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح الا أن يكون كلابن وتامر ويؤيده أنه استعمل الاجير بمعنى المؤجر فى هذا المقام (قوله ان المال فى النكاح تابع) أقول أى غير داخل فى صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل فى صلب العقد (قوله والاصل فيه الحل) أقول أى حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول فى صحة كونه دليلا آخر مستقلا بدون ملاحظة الاول تامل

المدعى فيه الزوج أو الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعى الزوج فلا
يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعى عليها مالا وكونه الزوجة فهو على الخلاف وقال فى وجه
الاصح ماذكرنا يعنى ماذكره من التعليل لابى حنيفة من أن المال تابع فى النكاح وانما المقصود منه الحل
والازدواج والملك ولا اختلاف فى هذا بل فى التبع واذا وقع فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه وحينئذ
يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضى الصحة بالاقل بلا تفصيل وأيضا أجرى اطلاقه فى
دعوى الاقل والاكثر فهم الصحة سواء ادعى المدعى الاقل او الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله
فى الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهى تدعى الفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية
وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل فى المدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل فلا يختلف فى البطلان
لتكذيب المدعى شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهى تدعى الخ يفيد تقييد قول أبى حنيفة
رحمه الله بالجواز بما اذا كانت هى المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد
باتفاقهما ودين ألف * (فروع) * شهد أنه اقر أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر انه اقر انه اخذه منه
يقضى به للمدعى ولو شهد احدهما انه اقر انه اخذه منه والآخر انه اقر بانه له لم يقض للمشهود له بشئ ولو
شهد انه اقر انه غصبه منه والآخر انه اقر بان المدعى اودعه اياه تقبل وزاد فى المنتقى حين وضعها ثانية فى
الثوب لو قال المدعى اقر بما قالا لكنه غصبه منى تقبل ويجعل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعى فلا تقبل
بينة المدعى عليه على الثوب بعده ثم قال فيما لو شهد احدهما على اقراره باخذه والآخر على اقراره بالايداع
منه وقال المدعى انما اودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الاقرار بملك ولا باخذ لان شاهد الوديعة
لم يشهد بالاخذ فلزم المناقضة فى الحكم والدليل واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والآخر على
اقراره باخذه منه يقضى به للمدعى ويجعل المدعى عليه على حجته لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر
الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ لا يدل على الملك شهد انه اقر بانه اشترى هذا العين من المدعى والآخر على
اقراره بايداعه المدعى اياه منه قضى للمدعى ولو كان الشاهد الثانى شهد بانه أقر بان المدعى دفع اليه هذا
العين قضى به للمدعى أيضا لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ألا ترى ان رجلا لو قال دفع
الى فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفى الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه
لا تقبل ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بالف والآخر بالفين تقبل على الالف اجماعا ادعى الشراء فشهد
بالهبة والقبض لا تقبل الا ان وفق فقال جحدنى الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لان الاولى
ما قامت على ما ادعى به من الهبة وانما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما
كذلك والآخر من أمه لا تقبل ادعى دارا فشهد اله بدعاه وقضى له ثم أقر المقضى له أن البناء للمقضى عليه
لا يبطل الحكم بالارض للمدعى وان شهدا بالبناء والارض والباقى بحاله بطل الحكم لانه أكذبهما فيما قضاه
من البناء بخلاف الاول لان دخول البناء محتمل فاقرار المدعى بعدم دخوله بيان لاحد الاحتمالين شهد انها
ولدت منه والآخر انها حبلت منه او شهد انها ولدت منه غلاما والآخر جارية تقبل شهد انه اقر ان المدعى سكن
هذه الدار والآخر انها له لا تقبل ولو شهد انه اقر بان هذه الدار له وشهد الآخر انه ساكنها قضى بها له شهد
ان قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على اقراره به الا تقبل شهد على صريح الاذن والآخر انه رآه يبيع فلم
ينهه لا تقبل بخلافهما على الاذن فى الطعام والآخر عليه فى الثياب تقبل على الاذن وفى الاقضية ادعى عبدا فى
يد رجل فشهدا على اقراره انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشراء منه وانكر المدعى البيع يأخذه المدعى
لان الاقرار بالشراء والاستيام اقرار بالملك وللبائع على رواية الجامع او بعدم ملك نفسه فيه على رواية
الزيادات فقد اقر انه لا ملك له فيه ولا احد متعرض للمدعى فيأخذه وكذا لو شهد احدهما على اقراره
بالشراء منه والآخر على اقراره بالهبة منه والمدعى ينكر وكذا لو شهد احدهما على الشراء منه بالف

والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين) وانما قيد بقوله والمدعى هو الآجر لانه لو ادعى المستأجر عقد الاجارة

ولا

ولا اختلاف فى ماهو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه .

والآخر بمائة دينارا وقال الآخر استأجره منه وكذا لو شهدا انه باعه المدعى منه والآخر انه اودعه عنده
وكذا لو شهدا على اقراره ان المدعى دفعها اليه شهد على اقراره بانه اخذ منه هذا والآخر على اقراره بانه
أودعه منه تقبل لا تفاقهما على الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة أو الاخذ منه منفردا شهد أن له عليه كذا
دينارا والآخر انه أقر أنه عليه تقبل شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها فى المنتقى عن أبى يوسف
لا تقبل ولو كان هذا بالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لانى أنويه فى وجوه كثيرة وفيه لو شهد أنه قال
لعبده أنت حر والآخر انه قال له آزاد تقبل وفيه لو قال ان كلمت فلانا فانت حر فشهد انه كلمه اليوم والآخر
أمس لم تقبل وذكر فيه مسئلة الطلاق قال طلقت ولا شك أنه يجب فى العتق ثبوته اذا وفق العبد بان قال
كلمته فى اليومين جميعا وفيه شهد أنه قال ان دخلت هذه الدار فكذا والآخر ان دخلت هذه وهذه لا تقبل
وفيه ان طلقتك فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق ولو قال ان
ذكرت طلاقك ان سميته ان تكلمت به فعبده حر فشهد انه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا العتاق
لان شهادتهما اختلفت فى الكلام ولو اختلفا فى القذف فى الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما وفى
انشائه واقراره لا تقبل اجماعا ادعى ألفا فشهد أحدهما بانه أقر أن له عليه ألفا قرضا والآخر انه أقر انه
أودعه ألفا تقبل لاتفاقهما انه وصل اليه منه ألف وقد جحد فصار ضامنا هى قسمان قسم من الاختلاف بين
الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء
فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن
فلان وذكر شرائط التعريف أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف
فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر فى فتاوى رشيد الدين فى القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب
تقبل كذا أطلقه فى الجامع الكبير وزاد فى الاجناس فى القبول أن القاضى يسأل المدعى الملك ألك بهذا
السبب الذى شهدوا به ان قال نعم قضى أو لا لا وفى الدعوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك له سبب
وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا فى شئ من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو
كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق ففى
الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادى فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى
مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة فى نفسها
لا كالمطلق ألا ترى انه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين
وهكذا فى شرح الحيل للحلوانى لكن فى المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان
شمس الائمة محمود الاوزجندى يقول لا تقبل كما فى دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق قال وفى الاقضية
مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم
شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم
على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به
أولا فتقبل أما النكاح فلو ادعى على امرأة انها امرأته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا
زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر المسمى أو أقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال
والباقى بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك
الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث وان ادعى

بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه حينئذ الى اتفاق
الشاهدين أو اختلافهما (قوله يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه) ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما

ولا اختلاف للشاهدين فيها
فيثبت الاصل لكن وقع
الاختلاف فى التبع وهو
المال فيقضى بالاقل
لاتفاقهما عليه واعترض
عليه بان فيه تكذيب أحد
الشاهدين وأجيب بانه
فيما ليس بمقصود وهو المال
والتكذيب فيه لا يوجب
التكذيب فى الاصل وفيه
نظر فان مراد المعترض
ليس بطلان الاصل بل
بطلان التبع ومعنى كلامه
أن يبطل المال المذكور فى
الدعوى ويلزم مهر المثل

(قوله ولا اختلاف للشاهدين
فيها) أقول الظاهر تذكير
الضمير وتانيثه باعتبار كون
الاصل عبارة عن الامور
المذكورة (قوله وأجيب
بانه فيما ليس بمقصود)
أقول المجيب صاحب النهاية

والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب أن المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين) أو أكثرهما بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله (فى الصحيح) احتراز عما قال بعضهم انه لما كان الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما فى الكتاب أن المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود أعنى الدين وقال (ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فاما اذا كان المدعى هو الزوج فالاجماع على أنها لا تقبل لان مقصودها قد يكون (٥١٦) المال) بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد) فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول

(وقيل الخلاف فى الفصلين) يعنى ما اذا كانت المرأة تدعى وما اذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لان الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال أو المرأة تدعى ذلك وانما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا فى نفس العقد أولا قال أبو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجب، وقد ذكر المصنف دليلهما واليه أشار بقوله (والوجه ما ذكرناه) والله أعلم

(قوله والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا) أقول أى من العقد فان العقد يصح بدونه وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وانما لم يذكره ثانيا حذرا عن التكرار فلا وجه لايراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول المراد من الدين هو الدين المنفرد عن العقد (قوله ويستوى الى قوله بكلمة أو الخ) أقول وفيه بحث فانه من قبيل سيان كسر رغيفه * أو كسر عظم من عظامه وفى الفرائض السراجية وذلك فى مسئلتين زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان أو بمعنى الواو وقال الزيلعى ولا يكون بدعوى الاقل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الاقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى وفيه تأمل فانهم لم يجوزوا ذلك فى البيع كما صرح به فى الشروح وجوابه أن النكاح ليس كالبيع فانه يجوز النكاح بدون تسمية المهر بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتامل (قال المصنف وهذا أصح والوجه الخ) أقول قال الاتقانى ولنا فى قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير وكذلك لم يذكره فى شرح الطحاوى فيما اذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع فى العقد انتهى وفيه نظر فانه قال التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير وان كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبى حنيفة والاصح أنها تقبل عنده لان المال تابع

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية وفيما اذا كان المدعى هو الزوج اجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا والله أعلم

بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وفيما لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا لان دعوى مطلق الملك دعوى أوليته على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على أوليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج لا تقبل وفى المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل وفى الفصول القاضى اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم وقال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضته منى منذ شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغى أن يستثنى ما اذا أرخ ففى الخلاصة ادعى دارا فى يد رجل انها ملك أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبى ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل فى دعوى الملك المؤرخ وتقبل فى غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بان قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض فى الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شيادار فى يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف

فى الصحيح) فان قيل فى هذا تكذيب المدعى لاحد الشاهدين كما فى البيع قلنا المال ليس بمقصود ههنا لما أن النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو لزم التكذيب انما لزم فى التبع والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب فى الاصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب فى المقصود يوجب نفى الحكم لانعدام نصاب الشهادة (قوله وقيل الخلاف فى الفصلين) وهما ما اذا كان المدعى هو الزوج وما اذا كان المدعى هو المرأة (قوله وهذا أصح والوجه ما ذكرناه) وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين من قوله لهما ان هذا

هذه الدار مشاعا وفى يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها أكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكنى بعت هذا البيت منها تقبل وفى المحيط من الاقضية وأدب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها تثبت الملك فى الماضى فيحكم به فى الحال ما لم يعلم المزيل وقال العمادى وعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية أين مقدار زر درم أين مدعى عليه بود مر بن مدعى را ينبغى أن تقبل كما فى دعوى العين انتهى ونظيره فى دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أن هذا ملكه فى الحال ولا يجوز للقاضى أن يقول امروز ملك وى مى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضى أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغى للقاضى أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ذكره فى المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا فى عين فشهدوا انه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا الملكه فى الحال أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا الملك فى الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغى أن يسألهم القاضى الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك فى الماضى أما لو شهدوا باليد له فى الماضى وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به فى ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه وعن أبى يوسف يقضى بها وخرج العمادى على هذا ما نقل عن الواقعات لو أقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدى الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه أو له عليه والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى والذى يقتضيه الفقه أنهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذى أقر به عندهم أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى فى الماضى بان قال هذه الجارية كانت ملكى فشهدوا أنها له اختلف فى قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا أنها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفى ملكه فى الحال اذ لا فائدة له فى الاقتصار على أن ملكه كان فى الماضى الا ذلك بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه فى الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل فى نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفى الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضى بالردىء بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر فى المسئلة المسطورة وهى ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه أشهدهما عليه بذلك والذى لى عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال فى الخلاصة هو محمول على أنهم شهدوا على اقراره بذلك أى اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله فى الاقرار يقبل لما ذكر وافى المسئلة المذكورة قبلها وفى الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف على فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف فى السبب ومثله ادعى أنه أجره دارا وقبض مال الاجارة ومات

الاختلاف فى العقد الى أن قال ولابى حنيفة رحمه الله ان المال فى النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعى الزوج أو المرأة والله أعلم

(فصل فى الشهادة على الارث) ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا فى الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها ميراثا له اولا قال أبو حنيفة ومحمد لابد منه خلافا لابى يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الورثة خلافة ولهذا يرد بالعيب و يرد عليه به وان كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة و يحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا

(فصل فى الشهادة على الارث) (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يد، فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث

فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول فى المحيط والعدة وقال قاضيخان تقبل عند أبى يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا اقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذى اليد أنه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهد أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى عليه انك قبضت من مالى جملا بغير حق مثلا وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل و يجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدوا به مناقضة فيحضره ليشير اليه بالدعوى * القسم الثانى اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه و به هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على انه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما انه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل لان لفظ البيع فى الاخبار والانشاء واحد ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتنى اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لا تقبل وفى المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل و بخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت فى يده واذا راجعت القاعدة التى أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه اعلم
(فصل فى الشهادة على الارث) وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحى عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحى عن حى ظاهر (قوله ومن اقام بينة الخ) اختلف علماؤنا فى انه هل يتوقف القضاء للوارث

(فصل فى الشهادة على الارث) (قوله ولا يكلف البينة انه مات وترك ميراثا له) هذا بالاجماع اما عند أبى

الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت

(فصل فى الشهادة على الارث) (قال المصنف ومن اقام بينة على دار الخ) اقول واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وترك ميراثا لان الملك للمورث قبل موته بزمان فبقاؤه الى زمن الموت بطريق الاستصحاب والثابت بطريق الاستصحاب لا يبتنى عليه غيره ألا يرى أنه لو ادعى ألفا فقال ان كان له على الف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بالف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق ولو شهدوا بالالف الآن يحكم بالطلاق ويتعين حق الوارث بخلاف ما لو شهدوا انه كان فى يد مودعه أو مستعيره عند الموت لان يدهما يده كما لو شهدوا انه كان له عام اول لان الثابت يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شئ بخلاف المسألة الاولى لانه فى الارث فى الثابت بالاستصحاب والمعنى هذا الماذكره الشراح ان ملك الوارث يتجدد استدلالا بوجوب الاستبراء فى الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث لان لا يقضى الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد الا يرى ان من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مرارا فانه يستبرئها وان لم يكن غير مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجدد الملك الا يرى ان المورث الذى اجتمع عنده اموال الصدقة ثم استغنى بالارث اوغيره يحل ما عنده من الصدقات ولا تجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف مات وتركها ميراثا له) أقول وهو المراد بالجر والنقل قال الكاكى ولهذا لو ادعى دينا على المورث وشهد أنه كان له على الميت دين لا يقبل حتى يقولوا انه مات وهو

لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد فى حق العين حتى يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة و يحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على مانذكره وقد وجدت الشهادة على اليد فى مسئلة الكتاب لان

بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو أن يقول الشهود فى شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعى فعند أبى يوسف لا وعند أبى حنيفة ومحمد نعم وجه قول أبى يوسف ماذكره المصنف بقوله (هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم و يرد بالعيب و يرد عليه و يصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى أمر زائد يشترط القضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا أنها لابيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند أبى يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد فى العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان تصدق به على المورث الفقير) ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعى لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسئلة التى ذكرها المصنف اتفاقية وهى قوله (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) أما على قول أبى يوسف فظاهر وأما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجد الثانى فى مسئلة الكتاب لانه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه وقد طولبنا بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعى ملك عين فى يد رجل بانها كانت ملك المدعى أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا أنها ملكه الى الآن وكذا لو شهد المدعى عين فى يد انسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضى للمشترى به وان لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب أنهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه فى الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده و بخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشترى من بقائه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت

يوسف رحمه الله فظاهر لانه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه يخلفه فى املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للمعى بانها كانت له و بمنزلة الشهادة للمشترى انها انما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجر والانتقال الى الوارث فى الشهادات لم يشترطا ذلك هنا لان المدعى أثبت لموروثه يدا فى المدعى عند الموت بما أقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصار كأنه أقام البينة ان أباه مات والدار فى يديه ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هنا (قوله فى حق العين) أى فى حق احكام ترجع الى العين (قوله ويحل للوارث الغنى) أى لولا تجدد الملك لما حل له ذلك (قوله فلا بد من النقل) بان يشهدوا انه مات وتركها ميراثا وانه مات وهو ملكه (قوله وكذا على قيام يده على مانذكره) اشارة الى ماذكر بعده بقوله

الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت ان يسوى اسبابه و يبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد يد امانة ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها له كانت لابيه اعارها أو اودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا بالاتفاق أما عند أبى يوسف

عليه ذكره فى القنية انتهى ثم اعلم أنه أنث الضمير فى قوله وتركها بتاويل التركة (قال المصنف و يحل للوارث الخ) أقول قال

فلانه لا يوجب الجر فى الشهادة وأما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجد لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن أقام البينة أنها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدى عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته ومن أقامها أنها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند أبى يوسف بشهادتهم بملك المورث (قوله وان قالوا الرجل حى) (٥٢٠) مسئلة أتى بها استطرادا اذ هى ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار فى يد رجل

لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل (وان شهدوا أنها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده جازت الشهادة) لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وان قالوا الرجل حى نشهد أنها كانت فى يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعى وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهى متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه

الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه أعلم هذا اذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت فى يد أبيه مات وهى فى يده) والاب هو المراد بلفظ فلان فى قول المصنف انها كانت فى يد فلان يعنى أبا الوارث المدعى جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان فى ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيأ من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الاشياء كانت فى يد المورث قبل الموت لانها خرجت بقوله بواسطة الضمان وهذه الامور ليست موجبة للضمان قال التمرتاشى لا تثبت اليد على المحل بهذه الاشياء حتى لا يصير غاصبا ولا يصير ذو اليد مقرا بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فان اليد تثبت بها ويصير بها غاصبا هذا اذا شهدا كذلك لميت فلو شهدا لحى ادعى عينا فى يد رجل كذلك أى شهدا أنها كانت فى يد هذا المدعى منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا فعن أبى يوسف هى كالتى للميت فيقضى للمدعى بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها للمدعى بهذه الشهادة لابى يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدا فى هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعى تقبل على ما قدمنا فى الفروع استصحابا للملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا لليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبى يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول بخلاف

لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لان اليد عند الموت لا تخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا ان كانت يد غصب لانها تصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان و يصير المضمون ملكا له وان كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة (قوله وان قالوا الرجل حى) يعنى اذا كانت الدار فى يد رجل فادعاها رجل آخر ليست الدار فى يده انها له فشهد الشهود

فادعى آخر أنه له وأقام بينة أنها كانت فى يده لم تقبل وعن أبى يوسف أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه أخذها من المدعى فانها تقبل وترد الدار الى المدعى وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله (وهى متنوعة) دليل آخر أى

الزيلعى ولو لا تجدد الملك لما حل له انتهى وفيه بحث فانه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات ولا تجدد ملك (قال المصنف لان الايدى عند الموت الخ) أقول فى الكافى لان الايدى المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لانها لا تخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا اذا كانت يد غصب لانها تصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى وفى قوله لانها تصير يد ملك تسامح (قوله اذ الظاهر من حال المسلم) أقول فى دلالته على المدعى تامل الا أن يتمم بقولنا فيكون تاركا للحفظ وترك الحفظ تعد فيوجب الضمان و يملكه فتدبر (قوله لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال الخ) أقول قوله تزول باسباب الزوال يعنى بالبيع والهبة وغيرهما ولكن بقى ههنا بحث لان الملك أيضا يزول باسباب الزوال فربما زال بعد ما كان والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلا مستقلا بل من بعض مقدماته وتقريره أن يد المدعى زائلة

معلوم

معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعى) لان الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الاقرار (وان شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت فى يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو

مثلها فى الميت لانه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء و بخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ الى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده فيقضى به وأيضا اليد معاين للمدعى عليه و يد المدعى مشهود به مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعى واستشكل ببينة الخارج مع ذى اليد وكذا ببينة مدعى الملك المطلق مع ذى اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعى الملك أجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعى الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة فى المقضى وهو فى التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثانى بتامل يسير (قوله وان اقر الخ) يعنى لو قال المدعى عليه بالدار التى فى يده هذه الدار كانت فى يد المدعى دفعت الى المدعى وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة فى المقر به وهى لا تمنع صحة الاقرار بل يصح و يلزم بالبيان فانه لو قال لفلان على شئ صح و يجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بانها كانت فى يد المدعى تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة فى المقر به وهى لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت و يؤمر بالبيان (تتمة) شرط الشهادة بالارث أن يشهدوا أنه كان لمورثه فلو قالوا انه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعى ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت حال الموت محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول أبى يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد أن يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه أو لامه أو لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف فى الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث فى حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضى و ينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضى بكله وان كان نصيبه يختلف فى الاحوال يقضى بالاقل فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يقضى بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل أن لا يكون له وارث و يأخذ القاضى كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبى حنيفة خلافا لهما * (فروع) * اذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة أى يبينا الاسباب المورثة للميت أنه لاب أو شقيق و ينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد و يذكرا أيضا أنه

على هذا الطريق قيد بقوله حى لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت فى يده وقت الموت تقبل الشهادة بالاجماع وتكون الدار لوارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت فى يد المدعى لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق وأما قوله منذ أشهر ليس بقيد فانه ذكر الامام التمرتاشى رحمه الله شهدوا لحى ان العين كانت فى يده لم تقبل وعند أبى يوسف رحمه الله تقبل (قوله وان أقر بذلك المدعى عليه) يعنى قال المدعى عليه ان هذه الدار كانت فى يد المدعى هذا وكذلك لو شهد الشاهدان ان المدعى عليه أقر انها كانت فى يد المدعى تقبل شهادتهما لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة فى المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على

اليد متنوعة الى يد ملك وأمانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف و بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذى اليد معاين و يد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله (قوله وان اقر المدعى عليه) يعنى اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت فى يد هذا المدعى دفعت اليه لان الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة فى المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت الشهادة و يؤمر بالبيان والله سبحانه وتعالى أعلم

للعال ولا يؤمر بالاعادة اليه الا عند التيقن بكون الشئ حقا له ولم يتيقن بذلك لان الايدى مختلفة الخ (قوله ويد المدعى مشهود به) أقول الظاهر أن يقال مشهود بها (قوله وليس المخبر به لاحتمال زواله) أقول بل لاحتمال كذب الخبر فى نفسه

(باب الشهادة على الشهادة) الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لاحقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجرى في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم يجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعني الشهادة على الشهادة وان بعدت (الا أن فيها شبهة) أي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز وأجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله (أو من حيث ان فيها زيادة احتمال) معطوف

(باب الشهادة على الشهادة) (قال المصنف الا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ) أقول فان الشهادة عبادة بدنية ولا تجرى البدلية في العبادة وليس في وجه الاستحسان ما يدفعه (قوله لعدم الاجبار) أقول أي لعدم الاجبار على الشهادة (قوله أي لكن فيها شبهة البدلية) أقول انما قال شبهة البدلية لما سيجيء من أن البدلية حقيقة ليس الا في المشهود به أو الاضافة بيانية (قوله لعدم جوازه) أقول فيه اعمال الضمير في الظرف وقد (قوله بين البدل والمبدل) أقول كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بان البدلية الخ) أقول لو يجوز أن يجاب بانه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سنح للبال القاصر ثم رأيت في شرح الكنز للعلامة الزيلعي أنه أجاب بهذا فشكرت الله تعالى (قوله فان المشهود به الخ) أقول فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ذينك المشهود بهما فليتأمل (قوله واذا ثبت البدلية) أقول أي شبهتها

معلوم *(باب الشهادة على الشهادة)*

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال

وارثه وهل يشترط قوله و وارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة أنه مولاه لا بد من بيان أنه أعتقه ولا يشترط ذكر اسم أب الميت حتى لو شهدا أنه جد الميت أبو أبيه و وارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت و برهن فالثاني أحق بالميراث ولو شهدا أنه أخو الميت و وارثه فقضى به ثم شهد هذان لآخر أنه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما أخذ الاول من الارث ولو شهد آخران أن الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط و يسأل المدعى عن نسبه فان لم يبين أمضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر و بين أنه وارثه فان كان أقرب من الاول قضى للثاني وان كان أبعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع (قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة) فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فاما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير والعفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الاقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص و بقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول وقد نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أي

اقرار المدعى عليه ان له عليه شيأ جازت الشهادة و يؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله

(باب الشهادة على الشهادة)

(قوله وهذا استحسان) والقياس أن لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزمت شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجرى في العبادة البدنية أولانه متمكن زيادة الشبهة فيها اذ الاخبار اذا تناسختها الالسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للحقوق (قوله ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت) أي ولشدة الحاجة اليها جوزنا الشهادة على

وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص (وتجوز شهادة شاهدين على شهادة الشاهدين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل أصل اثنان لان كل

جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لان كون قول انسان ينفذ على مثله و يلزمه ما نسبه اليه وهو ينفيه و يبرأ منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء لان محله في الاصلين في اثبات حق المدعى وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعى لانا نقول المدعى جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمصنف علل بهذا و بما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيأ منه وأجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فانا علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا و بالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه و بعد تحمله يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لا جرم أن أصل السؤال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها فاورد أن فعل القاضي موجب لردها و ردها من حده فهو موجب للحد أجيب بالمنع بل الموجب لردها ان كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الآخر أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز وفي الجملة ان على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء

شهادة الفرع ثم وثم الا أن فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كشهادة النساء مع الرجال بل أولى لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقالوا ان معنى البدلية لا تقوى لان القاضي يقضي بشاهد يشهد أصلا و بشهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل كما في الوضوء والتيمم و يجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا ظهر لبعضهم عذر يبقى بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به أحق هو أم لا وههنا تثبت شبهة زائدة في نفس الشهادة هل انها وجدت من الاصول أم لا

على قوله من حيث البدلية يعني أن فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص قوله (ويجوز شهادة شاهدين) اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما

شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) لان الفرع

فكانه شهد بنفسه واعتبر وه برواية الاخبار (ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا براهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن علي قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان وأسند ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلابد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتها الا رجلان أو رجل وامرأتان وقال الشافعي في أحد قوليه لا تجوز واختاره المزني لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما أقامتا مقام الرجل الواحد لا يقضي بشهادتهما ولان أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا تجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول علي رضي الله عنه فانه باطلاقه ينتظم محل النزاع ولان حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر مع آخر فانه انما لا يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل منه بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث يجوز وقوله (وهو حجة على مالك) فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وما ذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن أحمد لابد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الاصلين (قوله وصفة الاشهاد) أي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع (لانه

فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات وأما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان قيل أليس ان اقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه التمسك بهذا وان الاثر دل على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان ومن قال به كان يقيد الاطلاق بغير دليل اذلم يروعن غيره خلافه وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي أن لا يجوز شهادة الفرعين عن أصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة أصل واحد صارا بمنزلة أصل واحد ثم لو شهدا أيضا عن أصل آخر صارا بمنزلة أحد أصلين شهد عن نفسه وعن أصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح أن يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقا ولا تقديرا (قوله من الحقوق) أي من حقوق الناس لانه يجب على كل واحد من الاصلين أن يؤدي ما عليه اذا طالبه المدعي (قوله لما روينا) أي من قول علي رضي الله عنه

(ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان (ولان نقل الشهادة) معطوف على قوله ولنا قول علي معنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهد بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل الخ)

(قوله فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ) أقول ينظر فيه

لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد وأداء الفروع فقال وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلابد من التحميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولابد أن يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول أوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل أشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال (ويقول شاهد الفرع الخ) هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة (يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي أشهد على شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته أعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل) والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو أوسط العبارات (ولها) أي لشهادة الفروع عند الاداء (لفظ أطول من هذا) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته فامرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير

كالنائب عنه فلابد من التحميل والتوكيل على ما مر ولابد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل أشهدني على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لانه لابد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا

كالنائب عنه فلابد من الاستنابة) وذلك بالتحميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد أمرا غير الشهادة له أن يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب (على ما مر) يعني في فصل ما يتحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائب لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة أصل وأصل لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله (ولابد أن يشهد) أي شاهد الاصل (عند الفرع كما يشهد) شاهد الاصل (عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر) شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله (وأشهدني) يعني المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا) وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) فلابد من ذكر الفرع حرشاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك (لانه لابد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل) قال المصنف (ولها) أي لشهادة الاداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر) أما الاطول فان يقول أشهد أن فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وانا الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات وأما الاقصر فان يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بان فلانا أقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه أبي الليث واستاذه أبي جعفر وحكى فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل فاخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث

وهو حجة على مالك فانه يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرعي قائم مقام الاصلي معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة (قوله ولابد أن يشهد كما يشهد عند القاضي) أي لابد أن يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولابد من التحميل وهو أن يقول اشهد على شهادتي ولا يقول اشهد علي بذلك لانه يحتمل أن يكون على أصل الحق المشهود به وهو أمر بالكذب وكذا لا يقول فاشهد بشهادتي لانه يحتمل أن يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون أمرا بالشهادة على اصل الحق (قوله لانه لابد من شهادته وذكر شهادة الاصل) لانه يشهد على شهادة الاصل (قوله وذكر التحميل) لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل (قوله ولها لفظ أطول من هذا) وهو أن يكون بقول الفرعي بين يدي القاضي أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج الى ذكر ثماني شينات وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات وما ذكر

(قوله وذكر التحميل) أقول يكفي في ذكر التحميل أشهدني على شهادته أو اشهد على شهادتي فاحدهما مغن عن الآخر فينبغي أن يكتفي بثلاث شينات

(ومن قال أشهدنى فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى لانه لابد من التحميل) بالاتفاق أما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا فى الضمان يعنى يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره وأما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له (٥٢٦) أن يشهد على شهادته لكن لابد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة فى نفسها مالم تنقل ولابد للنقل من التحميل ولقائل أن يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب فى كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لابد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضى أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لايكون الا بالتحميل ذكر فى الفوائد الظهيرية قولهم فى هذا الموضع لان الشهادة لاتكون حجة الا فى مجلس القاضى فلا يحصل العلم للقاضى بقيام الحق بمجرد

وأقصر منه وخير الامور أوسطها (ومن قال أشهدنى فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى) لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لابد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة

حكاه وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ثم قال (وخير الامور أوسطها) وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر وهو ثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال وماذكر صاحب الكتاب يعنى القدورى أولى وأحوط ثم حكى خلافا بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف فى أن قوله وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند أبى يوسف يجوز قال ووجه قولهما انه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثانى بالشك ولابى يوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم فى اعطاء الصورة أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلابد أن يعرف شاهد الاصل قال فى الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لانسميهما أولا نعرف أسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لاعن معرفة (قوله ومن قال أشهدنى الخ) أى اذا قال شاهد عند آخر أشهدنى فلان على نفسه بكذا لايسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى بذلك ووجهه المصنف بانه لابد من التحميل أما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع فى الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا أن محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والاصول وليس المراد مايعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لايرجعون على الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه فى تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على غاصبه وأما عندهما فلانه لابد من التحميل (لانه لابد من النقل) يعنى الى مجلس القاضى (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ماهو حجة) يعنى

فى الكتاب هو اختيار شمس الائمة الحلوانى رحمه الله (قوله وأقصر منه) وهو أن يقول الفرعى عند القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا جاز وفيه شينان فلا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه أبى الليث رحمه الله واختيار أستاذه أبى جعفر وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى السير الكبير وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر كانوا يخالفون أبا جعفر فى ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل فى أداء الفرعى فاخرج الرواية من السير فانقادوا له فلو اعتمد أحد على هذا كان فى سعة من ذلك وهو أسهل وأيسر كذا فى الذخيرة والمغنى (قوله ومن قال أشهدنى فلان على نفسه) أى أشهدنى المقر على اقراره لم يشهد السامع على شهادته أى لايحل للسامع أن يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتى لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله وذلك

(قوله يعنى يتخير المشهود عليه) أقول كما يجئ فى باب الرجوع عن الشهادات (قال المصنف فيظهر تحميل ماهو حجة) أقول فيه بحث فان المقصود اثبات وجوب التحميل لاتبيين وجود التحميل حتى يستقيم قوله فيظهر تحميل ماهو حجة ولايبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما فى قوله تعالى بفاحشة مبينة ويصح الكلام حينئذ على ماأشار اليه الشيخ أكمل الدين فى فصل مايتحمله الشاهد وقال الاتقانى قال قوله فيظهر بالنصب جواب النفى وهو قوله لابد ويجوز أن يقال انه عطف على قوله ليصير اهو وفيه بحث قوله وذلك يقتضى أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التحمل بما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم فى هذا الموضع الخ) أقول على مامر فى الهداية فى فصل مايتحمله الشاهد وأشار اليه هنا ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيف (قوله فلا يحصل العلم للقاضى) أقول هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية ولعله سهو والصحيح فلا يحصل العلم للفرع

شهادة الاصل مزيف لان الفرع لايسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضى فى مجلسه فلابد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لاتجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك أن الاصل له منفعة فى نقل الفرع شهادته من وجه وهو أن الشهادة مستحقة على الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لايشترط الامر لصحتها غير أن فيها مضرة من حيث انها جهة فى بطلان ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون أمره مضرة فى حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية فى انكاح الصغيرة اذا أنكحها أجنبى بغير أمره لايجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن لسد الخلل وأما عبارة المشايخ فهى مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لتأتى هذا البحث كلام فى أول الشهادات بوجه آخر مفيد والله أعلم قال (ولا تقبل (٥٢٧) شهادة شهود الفرع الخ) قد تقدم أن تجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز مالم توجد ولا تقبل الا أن يموت الاصول أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضا يمنعهم الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم وزوج

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لايستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضى أن وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لايتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتى الى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لانه انما حمل غيره بحضرته فاذا نقل ظهر للقاضى انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة بخلاف مالو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فانه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالبيع والاقرار بخلاف الشهادة ليست بنفسها حجة حتى تصل الى القاضى ولقائل أن يقول كون النقل الى القاضى والحجة يتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو منتف على الاصح عند الشافعية والا فلا اتفاق على أن من سمع اقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وان لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج الى دليل من الشرع وذكر فى الفتاوى الظهيرية فى وجهه أمرا آخر وهو أن الاصل له منفعة فى نقل شهادته فان شهادته حق عليه يلزمه أداؤه اذا طلب منه من هى له ومقتضى هذا أن لايحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامره لكن فيها مضرة اهدار ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية انكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لايجوز ذلك (قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام) ولياليها (فصاعدا أو يمرضوا مرضا لايستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة) فقدرت بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت رخصا عندها من الفطر

لان الشاهد الفرعى لاعلم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد رحمه الله بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفروع وجب الضمان على الاصول فى قول محمد رحمه الله ولو رجع الاصول والفروع جميعا تخير المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع فلا يصير الوكيل وكيلا عن الموكل الا بامره وفى الفوائد الظهيرية ومعنى قوله حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع أن المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع وليس معناه انه يقضى بالنصف على الاصول وبالنصف على الفروع بل هذا

(قوله لان الفرع لايسعه الى قوله عند القاضى فى مجلسه) أقول فيه بحث فانه لو أراد انه لايسعه بعد ماشهد فى مجلس القاضى ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك الا انه لايلزمهم فان مرادهم أنها لاتكون حجة الا فى مجلس القاضى اذا حكم بموجبها وان أراد انه لايسعه بعد الحكم بها فذلك لكونه من الغوا من الكلام اذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضى حينئذ فليتأمل (قوله ووجه ذلك أن الاصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس الا ذلك كما لايخفى على ذى تامل فان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى فما لم يحكم القاضى بشهادته لايظهر أن للاصول ولاية ولا يوجد ابطال ولايته فقولهم لايكون حجة الا فى مجلس القاضى اشارة الى هذا المعنى (قوله لما فيه من ابطال الولاية عليه) أقول الى هنا كلام الفوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول فى فصل مايتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجعه قال المصنف (وبهذه الاشياء الخ) أقول الظاهر أن تقديم الجار لافادة الحصر قال المصنف (والثانى أرفق) أقول أى بارباب الحقوق من الناس فان الشهود ربما لايقيم والحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فيتوى الحقوق خصوصا فى ذلك الزمان الذى ظهر التوانى فى الامور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لايكلف مافيه حرج عليه ولايلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الاول بشهادة السياق

حتى أدير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان فى مكان لوغدا لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن

والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه ان كان فى مكان لا يستطيع أن) يبيت فى أهله لوغدا لاداء الشهادة صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن) يعنى من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع (والثانى أرفق احياء لحقوق الناس) وفى الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية (وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وذكر محمد فى السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى انه اذا كان الاصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع فى زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسى وغيره يجب ان تجوز على قولهما خلافا لابى حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فقال وقال أبو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا فى المصر * (فروع) * خرس الاصلان أو عميا أو جنا أو ارتدا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه فى رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة فى النسب وكتاب القاضى الى القاضى وفى الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه فى ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانه لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق كذا ذكره الامام السرخسى ولم يزد فى شرح الشافى على تعليله بان شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف مالو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهدا على شهادة رجلين بشئ ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهى عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثرت وسمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا أن القاضى قضى عليه وان كانا سمعا من القاضى فى المصر أو سواده فى رواية الحسن

كالغاصب مع غاصب الغاصب فللمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء فى الذخيرة فان ضمن الفروع فالفروع لا يرجعون على الاصول كما فى باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثانى لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع أيضا بخلاف مالو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب وأما عندهما فلان الحكم وان كان يضاف الى الفروع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول عند الرجوع ولكن تحملهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة فى غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضى ليصير حجة ويظهر أن التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفى الفوائد الظهيرية فقولهم فى هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا فى مجلس القضاء فلا يحصل العلم للفرع بقيام الحق بمجرد شهادة الاصول مزيف لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة ان كان الاصل شهد بالحق عند القاضى فى مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحمل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة فى نقل الفرع شهادته من وجه وهو أن الشهادة حق مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها غير أن فيها مضرة من حيث انها جهة فى بطلان ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون أمره مضرة فباعتبار هذا يشترط الامر بصحتها وصار هذا كمن له ولاية فى انكاح الصغيرة اذا أنكحها أجنبى بغير أمره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه (قوله حتى أدير عليه عدة من الاحكام) نحو قصر الصلاة والفطر فى الصوم وامتداد مسح الخف الى ثلاثة أيام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول أبى حنيفة رحمه الله والاضحية والجمعة وحرمة خروج

(وعن أبي يوسف انه ان كان فى مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله صح الاشهاد) دفعا للحرج و (احياء لحقوق الناس قالوا الاول) أى التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لان العجز شرعا يتحقق به كما فى سائر الاحكام التى عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان أحسن

والثانى

(والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ وروى عن أبي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا فى المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم (فان عدل شهود الاصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرعين اذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة اما أن يعرفهما القاضى أولا يعرفهما أو عرف الاصول دون الفروع أو بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسال عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسال عن الفروع وان عرف الفروع يسال عن الاصول فان عدل الفروع الاصول تثبت عدالتهم بذلك فى ظاهر الرواية لانهم من التزكية لكونهم على صفة الشهادة (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا) انه من أهل التزكية وقوله (غاية الامر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر أى غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة ان يقال ينبغى أن لا يصح تعديله لانه متهم بسبب (أن فى تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضى قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه فانه يحتمل أن يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضى قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه فى الواقع (كيف) يكون ذلك مانعا وانه ليس له فى الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل (لان قوله فى نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه) حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضى بشهادتهما (فلا تهمة وان

والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه كيف وان قوله فى حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال (وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضى فى حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابى يوسف رحمه الله ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا

عن أبي حنيفة وهو الاقيس وعن أبي يوسف لا يجوز ان سمعاه فى غير مجلس القاضى وهذا أحوط (قوله فان عدل شهود الاصل الخ) شهود الاصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل والحاصل أنه اذا شهد الفرعان فان علم القاضى عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سال الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوهم جاز لانهم من أهل التزكية فتقبل (وكذا لو شهد اثنان فعدل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضى (الآخر جاز) خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم فى ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار اليه المصنف بقوله (غاية الامر أن فيه منفعة الى آخره لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه) يعنى أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهى القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (وان سكتوا) أى الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضى (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضى) فى حال الاصول فان عدلهم غيرهم قضى والا لا (وهذا عند أبي يوسف وقال محمد) اذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انهم نقلوا شهادة ولم تثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولابى يوسف ان المأخوذ) أى الواجب (على الفروع ليس الا النقل) ما حملهم الاصول (دون تعديلهم) فانه قد يخفى حالهم عنهم فانهم اذا نقلوا ما حملوهم على القاضى أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الاصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضى الفروع عن الاصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية ان كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناطفى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سالهم القاضى عن عدالة

المرأة من غير محرم أو زوج (قوله والثانى أرفق) وهو ما قال أبو يوسف رحمه الله انه ان كان فى مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله وذكر فى الذخيرة بعد ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية ثم قال وروى عن محمد رحمه الله ان الشهادة على الشهادة تجوز كيفما كان

 سكتوا عن تعديلهم) وقالوا لا نخبرك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضى فى حال الاصول) بان يسال من المزكين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل) شهادة الفروع (لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابى يوسف ان المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا) فقد أقاموا ما وجب عليهم ثم القاضى (يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا) واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول أو لا قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه أشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلوانى لا يرد القاضى شهادة الفروع ويسال عن الاصول غيرهما وهو

(قوله وكانه أشار اليه الخ) أقول وجه الاشارة أنهم لو عرفوها لاخبروا وابهامهم لو قال فاذا لم يخبروا ابهام السكات أوضح فى ذلك

الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا (وان أنكر شهود الاصول الشهادة) بان قالوا امالنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو) أي التحميل

(شرط) صحة شهادة الفروع قال (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ) اذا شهد فرعان على شهادة أصلين (على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقال أخبرانا) الاصلان (أنهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقالا) الفرعان (لا نعلم أهي هذه أم لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها هي

قال المصنف (وان أنكر شهود الاصل الشهادة) أقول قال الزيلعي أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين انتهى وفي الكافي معنى المسئلة أنهم قالوا امالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أمامع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا انتهى فظهر مما ذكره الزيلعي ومافي الكافي أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم نعم ظاهر كلام

قال (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها

الاصول لا نخبرك بشئ لم تقبل شهادتهما أي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي وذكر الحلواني أنها تقبل ويسال عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسال عنه وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يساله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كابي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عثرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو أن فرعين معلوما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خبير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك أحدهما لا يلتفت الى جرحه وفي التتمة اذا شهدا أنه عدل وليس في المصر من يعرفه فان كان ليس موضع للمسألة يعني بان تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسالهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما أخبراه علانية (قوله وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض (قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية [بالف درهم) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد أخبرانا انهما يعرفانها ويجيآن بامرأة فيقولان لا ندري هي هذه أم لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فاجيز الشهادة والمصنف أفرد فقال (فجاء بامرأة) يعني المدعي جاء بها وهو أنسب وهذا

حتى روى انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا صلح مزكيا فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا انه أهل التزكية غاية الامر أي غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لانه متهم بسبب أن في تعديله منفعة له من حيث انه ينفذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وعن محمد رحمه الله لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهما وعن أبي يوسف رحمه الله اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل أعدل أم لا قال الشيخ الامام أبو الحسن علي السغدي رحمه الله هو وقول الفرع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اذا قالا لا نعرفه أعدل أم لا لا يرد القاضي شهادتهما ويسال عن الاصول غيرهما هذا هو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وأما اذا شهد شاهدان عند القاضي بشئ والقاضي يعرف عدالة أحدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعدله هذا العدل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يصح تعديله كما لو عدله رجل غيره وقال بعضهم لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ولا يصح تعديله (قوله وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) ومعنى المسئلة انهم قالوا امالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على

الهداية على ماصوره في الكافي لا على ماصوره الزيلعي فانه قال الشهادة لا الاشهاد (قول المصنف فجاء بامرأة الخ) أقول لعل الفاء للترتيب الذكري اذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله شهد الرجلان يعني أرادا الشهادة ولعل هذا هو الاولى فلانة)

لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري) بعدما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من) شاهدين (آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر) شاهدان شهدا عندي أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه في القضاء (لانه) أي كتاب القاضي الى القاضي (في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل) فلا يلزم ماقيل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود في هذين البابين) يعني باب الشهادة و باب كتاب القاضي فلانة (التميمية

ويدل عليه قول الامام التمرتاشي ليمكن للشاهد الاشارة اليها في الشهادة قال المصنف (ونظير هذا الى قوله في يد المدعى عليه) أقول قال في النهاية ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولي حق الشفعة وأما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المبيع في يد المشتري لان للبائع ولاية مطالبة الثمن

فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظيرهذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدودبها في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود مافي يده قال (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية

(لان الشهادة) بالالف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفروع (والمدعي يدعي) الالف (على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التي بها شهدا بالالف عليها قال المصنف (ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة) قال قاضيخان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر التمرتاشي رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم تصوير المصنف يصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة فقال المشتري العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف (قال) يعني محمدا في الجامع الصغير (وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) فانه ذكر فيه المسالتين فانه قال بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال أبو حنيفة رحمه الله (ان قالا في هذين البابين التميمية

شهادتهم بهذه الحادثة امامع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين (قوله يشهدان على المحدود في يد المدعى عليه) وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع أن فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولي استحقاق الشفعة أما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري (قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) أي اذا أورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه شهد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وأنكر ذلك الرجل أن يكون هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه مالم يشهد آخران انه فلان بن فلان وهذا لان كتاب القاضي لنقل الشهادة كالشهادة على الشهادة الا أن القاضي بولايته وأمانته يتفرد بالنقل (قوله ولو قالوا في هذين البابين) أي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة الفخذ وآخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشاف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الستة التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع

من المشتري سواء كان في يد البائع أو في يد المشتري انتهى وظهر أيضا اذا ادعى المدعي الاستحقاق واثبات المبيع حينئذ لان كون المحدود للبائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدفعه بناء على أنه بان يده ليست يد خصومة ولا يندفع ذلك الا باثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعي بامرأة) أقول أنكرت انها اياها (قوله ونظير هذا اذا تحملوا الى قوله في يده الخ) أقول فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعى في يد المدعى عليه وان اعترف هو به على ماسيجيء (قوله الذي في يدي الخ) أقول قوله الذي في يدي مبتدأ وقوله غير محدود خبر (قوله ودفع اليه الكتاب الخ) أقول وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان

لم يجز حتى ينسبوها الى نخذها) وهى القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهى عامة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل

لم يجز حتى ينسباها الى نخذها) الى هنا لفظ الجامع الصغير يعنى أن القاضى اذا كتب فى كتابه الى القاضى الآخر ان شاهدين عدلين شهدا عندى أن لفلان بن فلان الفلانى على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعى امرأة فى مجلس القاضى المكتوب اليه وقال هى هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان أن التى أحضرتها هى فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة فى هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليها فى القضاء عليها وقوله (الا أن القاضى الخ) جواب عن مقدر وهو أنه اذا كان فى معنى الشهادة على الشهادة ينبغى أن لا يقبل قول القاضى وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدوا به فقال ان القاضى زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المصنف قال ولو قالوا فى هذين فلفظ قال أيضا على ماذكرنا من قول المصنف نقلا لفظ الجامع على مانقلناه آنفا أى قال فى الجامع قال أبو حنيفة لو قالوا فى هذين البابين أى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى هى فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى نخذها يريد القبيلة الخاصة التى ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولى اللغويين وهو فى الصحاح وفى الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وأنه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ وجعله فى ديوان الادب بكسر الخاء وأنه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال والعرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولهذا قال تعالى وفصيلته التى تؤويه وقدمنا فى فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين وأسلفنا هنالك ذكرها منظومة فى شعر ثم اعلم أنه لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل فى الفصول عن قاضيخان ان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك وفى الفصل العاشر من فصول الاستروشنى رأيت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم أبيه ونخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفى فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يكفى وفى اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضى بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع فى فصل مجتهد فيه قال كذا رأيت فى بعض الشروط ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضى لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك الا وجه منه مانقل فى الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا فى اللقب مع الاسم هل هما واحد أولا ونظير ماذكر فى النسب ماذكر فى النسبة الى البلدان فى حق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور ومثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الاوزجندية (وقيل) فى النسبة

القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطون تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تتشعب منها فعلى هذا لا يكون الفخذ هى القبيلة الخاصة والمراد بالفخذ فى الكتاب القبيلة الخاصة وفى

الى

لم يجز حتى ينسبوها الى نخذها وهى القبيلة الخاصة) يعنى التى لا خاصة دونها قال فى الصحاح الفخذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال فى غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أى عدم الجواز (لان التعريف لابد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامى آبائهن (ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة)

(قوله قال فى الصحاح الفخذ آخر القبائل الخ) أقول هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركا أو مجازا على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول والظاهر أن يقال والقبيلة الخ

الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله أعلم

* (فصل قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره فى السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعى رحمه الله لهما ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه

(الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف) فى عدم اشتراطه ذكر الجد (على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى) أى الجد الاعلى فى ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص وهذا تعليل لقول أبى حنيفة المنقول فى الجامع ان قالا فى هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها الى نخذها فانه ذكره فيما اذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد اذا كان نسبة الى أخص الآباء

* (فصل قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل فى الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا فى المخالفة أو للمدعى غرض فى أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجىء حيا ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال أبو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا فى الاسواق ليس غير (وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضربه فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله فى الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية وهما أضافا الى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعى ومالك (لهما ماروى أن عمر رضى الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا) رواه ابن أبى شيبة حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبى مالك أن عمر رضى الله عنه كتب الى عماله بالشام ان شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وقال أخبرنا يحيى بن العلاء أخبرنى أبو الاحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته فى عنقه ويطاف به فى القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابى ظاهر أما من لا يراه فبوجهين أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشىء لان الانكار لا يجب فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد فى محل اجتهاده فلا حجة فى هذا السكوت والثانى أنه أتى كبيرة من الكبائر على ماصرح به النبى صلى الله عليه وسلم فيما روى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يارسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال ألا وقول الزور وشهادة الزور فمازال يكررها

والديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين (قوله ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله) فان عنده يتم بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر الجد فى التعريف (قوله لانه اسم للجد الاعلى) أى فى القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجد الادنى وهو أب الاب والله أعلم

* (فصل) * شاهد الزور يشهر ويعزر وهو أن يقر على نفسه بالكذب متعمدا فيقول كذبت فيما شهدت متعمدا أو يشهد بقتل رجل ثم يجىء المشهود بقتله حيا حتى يثبت كذبه بيقين ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة لانه نفى لشهادته والبينة حجة الاثبات دون النفى فاما اذا قال غلطت أو أخطأت أو ردت شهادته لتهمة أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر (قوله سخم وجهه) أى سوده من السخام وهو سواد القدر وأما بالحاء المهملة

ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى فى النسبة وهو أب الاب * (فصل) قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره فى السوق الخ) شاهد الزور وهو الذى أقر على نفسه انه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند أبى حنيفة فقوله ولا أعزره يعنى لا أضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعى ومالك لهما ماروى عن عمر رضى الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر أو بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات مانفاه أبو حنيفة من

* (فصل) (قوله لان مقصودهما الخ) أقول جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الى الخ

التعزير بالضرب فانه يدل على أن أصل الضرب مشروع فى تعزيره ومازاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله (ولان هذه) أى شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور و بالسنة وهو مار وى أبو بكرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم با كبر الكبائر قلنا بلى يارسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فمازال يقولها حتى قلنا لا يسكت (وتعدى ضررها الى العباد) باتلاف أموالهم (وليس فيه حد مقدر فيعزره ولابى حنيفة رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك فى زمن عمر وعلى رضى الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروى عنهما وحل محل الاجماع (ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة فى الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع) فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين) وهو منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين (و) بدلالة (التسخيم) هذا تاويل شمس الائمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا (وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا أو الى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أى مجتمعين أو الى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (و يقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما أيضا يشهر والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه القاضى) ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبا أو مصرا أو مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل

(٥٣٤)

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة فى الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضى عندهما وكيفية التعزير ذكرناه فى الحدود

حتى قلنا لا يسكت وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعى ففيها التعزير وهذا لا ينتهض على أبى حنيفة فانه انما يقتضى التعزير وهو لا ينفيه بل قال به على ما حققناه لكنه ينفى الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لانه ينفى ضربه وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة فى التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه به (ولابى حنيفة رحمه الله أن شريحا رضى الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار أنا أبو حنيفة عن الهيثم

من الاسحم الاسود فقد جاء كذا فى المغرب وفى المغنى ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالخاء والحاء جميعا (قوله ولان هذه كبيرة) قال عليه السلام أيها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعزر على ذلك ويشهر لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك (قوله وله ان شريحا) كان يشهر ولا يضرب فان قيل أليس ان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى تقليد التابعين حتى روى عنه انه قال لا نقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشايخنا المتأخرون انما ذكر أبو حنيفة رحمه الله أقاويل التابعين فى كتبه لبيان انه لم يستبد بهذا القول بل

التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مفوض الى رأى القاضى وان كان مستورا لا تقبل أصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن أبى يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر أنها تقبل قالوا وعليه الفتوى (وفى

قال المصنف (أجمع ما كانوا) أقول حال من الظرف أى حال كونه أجمع الاوقات التى كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما فى أخطب ما يكون الامير قائما وهذا أولى ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له قال المصنف (يقرئكم السلام) أقول قرأ عليه السلام أبلغه ولا يقال أقرأه الا اذا كان مكتوبا كذا فى القاموس فحينئذ يكون استقامة ما فى الكتاب بان يكتب شريح اليهم كتابا ينقل رسوله ما فيه الى القوم (قوله أجمع ما كانوا أى مجتمعين الخ) اقول فيه بحث بل المعنى ما ذكرنا (قوله فيمن كان تائبا أو مصرا) أقول وقع فى بعض النسخ لفظ الاقرار بدل لفظ الاصرار والصحيح الاصرار

(وفى الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور فى حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى للشهادة والبينات

ابن أبى الهيثم عن حدثه عن شريح أنه كان اذا أخذ شاهد الزور فان كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يعرفكم ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب أرسل به الى مجلس قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال فى المرة الاولى ونحوه مار واه ابن أبى شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبى حصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور الى مسجد قومه أو الى السوق ويقول انا زيفنا شهادة هذا وفى لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاف فى أدب القاضى حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبى حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وأبى حصين سفيان وقد يقال ليس فى هذه الرواية ما يصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفى هذا ان يكون مع شئ آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثورى عن الجعد بن ذكوان قال اتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى مسجد يعرفه الناس غير أن أبا حنيفة يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدرى شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا فى النفوس يكون صارفا له عن الرجوع وحاملا على التمادى فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان من كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد فى نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بان ما روى من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر به الى عماله فى البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشئ فان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله عنه أن المثلة ليست الا فى قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل فى البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل أن يقول لهم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبى حنيفة رحمه الله فى التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة والتسخيم بالجر عطفا على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفى المغنى ولا

وسبقه غيره وقال متبعا لا مخترعا ولنا ما ذكر فى النوادر عن أبى حنيفة رحمه الله من كان من الائمة التابعين وأفتى فى زمان الصحابة وزاحمهم فى الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانا أقلده مثل شريح والحسن ومسروق وعلقمة رحمهم الله وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محتجا به بل محتجا بتجويز الصحابة فعله فان قضاءه وتشهيره كان بحضر من عمر وعلى رضى الله عنهما فانه كان قاضيا فى عصرهما فما يشتهر عن قضاياه كالمروى عنهما وكان هذا فى الحقيقة احتجاجا بقولهما وأبو حنيفة رحمه الله يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا فى الجامع الصغير للامام المحبوبى وذكر الامام العلامة النسفى رحمه الله فى الكافى وشريح كان قاضيا فى زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعى (قوله وفائدته) أى فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور انما يعرف ان شهادته كانت زورا وكذبا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبينات للاثبات

قال (وفى الجامع الصغير) وذكر ان فائدة ذكر روايته هى معرفة شاهد الزور بانه الذى أقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفى للشهادة البينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا فالنادرته واما لانه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك والله أعلم

(كتاب الرجوع عن الشهادة) تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا فاما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا

لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعي ولا على المدعى عليه أما على المدعى عليه فظاهر وأما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجا من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار ووعد بتقريره من بعد واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم (ولا

للاثبات والله أعلم

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

(قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعي ولا على المشهود عليه (فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى

يسحم وجهه بالحاء والخاء

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

لما كان هذا ايجاب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها كانا متوازيين فترجم [illegible] فترجم ما [illegible] للموازاة بينهما والافليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كذلك ولتحققه بعد الشهادة اذلا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدم ما عمدا أو خطأ (قوله اذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولانه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور ان تعمده أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر (قوله ولا ضمان عليهم) لانهم لم يتلفوا شيأ على المشهود له أو عليه (قوله فان حكم الخ) اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الاول ولا الاول أولى من الثاني فتعارضا ولا ترجيح قبل الحكم لاحد الكلامين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الاقوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أودونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

اعلم أن للرجوع ركنا وحكما وشرطا فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به أو يقول شهدت

(قوله وأما على المدعي الخ) أقول ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف (فلا ينتقض الحكم بالتناقض) أقول لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلا وشرعا كما سيصرح به آنفا (قوله لئلا يؤدي الى التسلسل الخ) أقول كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه (قوله كالملجا من جهتهم) أقول أي من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين) أقول أي في فصل الرجوع قبل الحكم أو بعده

قال (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الخ) الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول أولا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلابد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به (واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) وأقام على ذلك بينة أو عجز عنها وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضي بينة عليهما ولا يحلفهما) لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) بينته (لان السبب صحيح) والضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون القاضي

(ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال (واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شئ ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضي بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه وهذا أيضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو الترادد والتراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط

بزور فيما شهدت وشرط جوازه أن يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير كما بينا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض (قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجالس وهو مجلس القاضي أي قاض كان فان قيل ينبغي أن لا يكون الرجوع مختصا بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء قلنا ما كان شرطا في الابتداء يكون شرطا في البقاء كالبيع فان وجوده شرط لصحة البيع فكان بقاؤه شرطا لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فكذا يجب أن يكون مجلس القضاء شرطا لفسخ الشهادة

(وقوله وهو مسلم فان الرجوع اقرار الخ) أقول ويجوز تقريره معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) اقول انظر في هذا الجواب (قوله ولان الرجوع توبة) أقول عطف على قوله لانه فسخ للشهادة

(واذاشهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لان التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعى رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضى لانه كالملجا الى القضاء وفى ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان

لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه وأجاب بمثل ماذكرنا من أن ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد فى البقاء وهو كى لا يلزم الافتراق عن الكالئ بالكالئ وذلك غير لازم فى فسخه فلذا لم يشترط فى فسخه ما شرط فى ابتدائه وهذا نحو ماذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو أرخينا العنان فى الآخر فانما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذى كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم فى وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى ان اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين فى نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها والوجه الثانى أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب فى مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله تعالى عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن فقال أوصنى فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت الى أن قال واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الاعلان فى محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل فى مثله مما فيه علانيه وهو اذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا (قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعى فى

وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا احضار رأس مال السلم فانه ليس بشرط فى فسخ السلم مع انه مشروط فى ابتداء عقد السلم لانا نقول اشتراط وجود رأس مال السلم فى مجلس عقد السلم لا لعقد السلم بل يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا لا عن قبض احترازا عن الكالئ بالكالئ وذلك المعنى لا يوجد فى الفسخ (قوله كحافر البئر) أى فى قارعة الطريق فان ثقل الساقط فيها علة التلف والمشى سبب والحفر شرط لانه أزال المانع من السقوط فالثقل أمر طبيعى لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشى مباح لا تعدى فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعد فيه وهنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضى وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجا من جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم و يعزل و يعزر ولا يمكن استيفاؤه من المدعى لان الحكم ماض فاوجبنا الضمان على الشاهدين لانهما سببان وقد أقرا على أنفسهما بالتعدى (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب) عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه القصاص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة من الولى على أصله لانه انما اعتبر السبب ثمة احتياطا فى أمر الدماء وتعظيما له ألا يرى انه يقول بالقصاص فى باب القسامة ولحديث على رضى الله عنه حيث قال لشاهدى السرقة حين رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما قلنا حديث على رضى الله عنه كان للتهديد لانه صح من مذهب على رضى الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وقد يهدد الامام بما لا تحقق له قال عمر رضى الله عنه ولو تقدمت الى المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق (قوله لانه كالملجأ الى القضاء) ولم يقل انه ملجأ لانه لو صار ملجأ حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين فى الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كما فى المكره وليس كذلك وذلك لان الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة

ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيأ الى الآن ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طلب من القاضى تضمينه والالف واللام فى قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة أى لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل (واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم الا أنه ذكرها

(قوله ومعناه حكم عليه) أقول فعلى الاول معطوف على رجع وعلى الثانى على قوله أقام البينة (قوله لان سبب الضمان الخ) أقول وفى غاية البيان لان سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضى (قوله فانها قبول البينة) أقول فيه بحث لان المعنى حينئذ تقبل الشهادة لان الدعوى أعنى دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذى هو سبب الضمان فليتأمل

اذا

لبيان خلاف الشافعى ولما يأتى من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعى لا ضمان عليهما الا انهما أثما فى الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما تسببا للاتلاف على وجه التعدى وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضى واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بملجأ حقيقة لان الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة فى الدنيا والقاضى ليس كذلك ولان فى ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعى أيضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر المسبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعى ترك أصله المعهود فى الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما فى مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعى يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختيارى

اذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين

الجديد لا ضمان عليهما لانهما مسببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضى والمدعى ولا ضمان على القاضى اتفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضاء الذى به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء من أحد وأما المدعى فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينتقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضى شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدى بالتسبب كحافر البئر فى الطريق واعلم أن الشافعية اختلفوا فى هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعى ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبى حنيفة الاول اذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقض عليه أيضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولى المقتص والقاضى وأجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول على رضى الله تعالى عنه لشاهدى السرقة بعدما قطع ورجعوا وجاؤا بآخر وقالوا هذا الذى سرق لو علمت انكما تعديتما القطعت ايديكما أخرجه الشافعى وقال بهذا القول نقول فان نوقض بانه لا يرى تقليد الصحابى أمكن الجواب عنه بانى انما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان فى أحكام الدنيا لجواز باعتبار أمر الآخرة ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف (اذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا) لان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعى عليه انما يتحقق باخذه منه وهذا اختيار شمس الائمة وفرق شيخ

الدنياوية والقاضى ههنا انما يخاف العقوبة فى الآخرة ولا يصير به ملجأ حقيقة لان كل أحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها فى الآخرة ولا يصير به مكرها (قوله وانما يضمنان اذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا) لانه تحقق الخسران عند تسليم المال الى المقضى له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران فى حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما اتلفا عليه دينا حين ألزماه بشهادتهما ذلك فاذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينا فى مقابلة دين ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وفى الاعيان ان يثبت الملك للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل وان المال فى يده ملكه فلم يكن له أن يضمن الشاهدين شيأ ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى كذا فى المبسوط وفى الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام

قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجئ والشافعى جعله مباشرا بما ورد عن على رضى الله عنه فى شاهدى السرقة اذا رجعا لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضى الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز أن يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضى الله عنه ولو تقدمت فى المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعنى أن الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعى ما قضى له به دينا كان أو عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفى ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وبيان ذلك أنهما اذا ألزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعى كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه اذا تصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكهما باخذ الضمان لا تنتفى المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفى المماثلة كما ذكرنا والجواب

(قوله فيتحمل الضرر الخاص) أقول لعله يريد به تضمين الشهود (قوله فى الشهادة) أقول متعلق بقوله ترك (قوله كما سيجئ) أقول أى فى هذا الكتاب أيضا فى الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول هذا جواب عن دليل الشافعى (قوله قد استوفى) أقول المقضى عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول اذ العين خير من الدين (قوله فبازالة العين عن ملكهما الخ)

أن الملك وان ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ مالم يخرج المال من يده بقضاء القاضى قال (واذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر فى باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقى لان وجوب الحق فى الحقيقة بشهادة الشاهدين (٥٤٠) وما زاد فهو فضل فى حق القضاء الا أن الشهود اذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حقوقهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لانه بقى بشهادة من بقى نصف الحق قيل لا اسلم ذلك فان الباقى فرد لا يصلح لاثبات شئ ابتداء فكذا بقاء وأجيب بان البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح فى البقاء للاثبات مالا يصلح فى الابتداء لذلك كما فى النصاب فان بعضه لا يصلح فى الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح فى البقاء بقدره (واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه) لانه بقى من بقى بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة) التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان

قال (فان رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لا رجوع من رجع وقد بقى من يبقى بشهادته نصف الحق (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لانه بقى من بقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة

الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعى اياها بعد القضاء له بها أو دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعى. وجه الفرق أن ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو أزلنا قيمته عن ملكهما باخذ الضمان منهما لا تنتفى المماثلة أما اذا كان المشهود به دينا فالشاهدان أوجبا عليه دينا بغير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما عين فى مقابلة دين أوجباه وشمس الائمة يوافق فى وجه الدين ويقول فى العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعى بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذى فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيأ مالم يخرج من يده قال البزازى رحمه الله فى فتاواه والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعى المال أولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة *(فروع)* شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشترى الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشترى بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل (قوله والاصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لا رجوع من رجع) وهذا لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف له فاذا بقى بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال بقى المال ثابتا فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شئ ومن المحال أن يضمن مع عدم اتلاف شئ أما ما أورد من أنه ينبغى اذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبقى شئ من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شئ أصلا فيقتضى أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شئ بشهادة الواحد انما هو فى الابتداء ولا يلزم فى حال البقاء ما يلزم فى الابتداء وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شئ بشهادة اثنين نسب الى كل منهما فى حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقى على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه أتلفه برجوعه (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لانه بقى الحق من غير اتلاف شئ منه ببقاء الشاهدين

ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين أو لم يقبض لان الشهود أزالوا الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو أزلنا العين عن ملكه باخذ الضمان منهما لا تبقى المماثلة بخلاف ما اذا كان المشهود به دينا (قوله والاصل ان المعتبر فى هذا بقاء من بقى لا رجوع من رجع) لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على المتلف

أقول الضمير فى قوله ملكهما فى موضعين راجع الى الشاهدين فى قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ (قوله لان وجوب الحق الخ) أقول لا يخفى عليك قصور هذا الدليل عن اثبات المدعى لاختصاصه بما بقى بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة والاولى أن يبين توجيه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل (قوله وعلى هذا اذا شهد الخ) أقول ينبغى أن يكون تفريعا على الاصل الذى ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل (قوله فكذا بقاء) أقول فينبغى أن يضمن الراجع كل الحق لا نصفه

فيما اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضى له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضى على المتلف فلأن يمنعه بطريق الاولى لان الدفع أسهل من الرفع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق) قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الاول أصلا لان المعتبر بقاء من بقى وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثانى فهو الذى أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثانى تبين أن الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما أولان القضاء كان بالشهادة وهى موجودة منهما فى حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثانى ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضى (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقى وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان نصف الحق باق لشهادة الرجل (٥٤١) (واذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقى ثلاثة الارباع

والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى أن يمتنع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال) لان ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقى (وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان بشهادة الرجل بقى نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لانه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقى ثلاثة الارباع

والاستحقاق باق بالحجة (والمتلف متى استحق سقط الضمان) كما اذا أتلف مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فانه يأخذه ويسقط الضمان لزيد (فاولى أن يمنع) الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التى أثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه وببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه (فان رجع آخر) من الثلاثة (ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الراجع الاول كيف أضمن برجوع الثانى مالم يلزمنى ضمانه برجوع نفسى وقت رجوعى لا يقبل هذا كما لا يقبل قول أحدهم لو رجع الثلاثة لا يلزمنى شئ لان غيرى يثبت به كل الحق فرجوع غيرى موجب عليه لا على وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لانه ليس أحدهما أولى به من الآخر (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقى وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع) منهن (ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت أخرى ضمن) التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقى (والربع بشهادة

الراجع مع بقاء الحق عند وجود مبقيه وهو الشاهدان بان شهد ثلاثة ورجع واحد (قوله والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى أن يمتنع) كمن غصب ماله انسان وأتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمن المستحق شيأ وان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقى

(قوله اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضى له) أقول الضمير فى قوله له راجع الى زيد (قوله سقط الضمان الخ) أقول مع أن الاتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه البقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل انما هو بحسب زعم الراجع فقط (قوله فلان يمنعه الخ) أقول الضمير فى قوله يمنعه راجع الى الضمان فى قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ) (قوله ثم اذا رجع الاول الخ) أقول

الاظهر أن يقال اذا رجع الاول لم يظهر الاتلاف فضلا عن اتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة فاذا رجع الثانى أيضا تبين سببه الاول فى الاتلاف أيضا لعدم الاولوية فليتأمل ثم ماذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفا من أنه اذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى والجواب ان ذلك فيما اذا استمر الاثنان على شهادتهما وههنا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول التبيين انما يكون فى حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كذا فى هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله واحتمل كذب غيره الخ) أقول احتمالا أكثر من الاحتمال الثابت قبله لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الاول وجد الاتلاف) أقول أى علم وجوده بل علم قصده الاتلاف كما لا يخفى وفيه بحث ويمكن أن يقال لعل المراد وجد الاتلاف الزعمى ثم المرء مؤاخذ بزعمه واقراره فكان ينبغى أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ هكذا ينبغى أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلام (قوله واذا رجع الثانى ارتفع المانع) أقول كنزع الخف فى المسح ومضى المدة فى المستحاضة

(وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع (ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين (٥٤٢) منهن بشهادة رجل واحد واذا كانتا كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا)

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعى المماثلة

الباقية وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل) روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فاني رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد (لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شئ فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيأ ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع ثم يقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس

على شهادة من بقي به نصف المال ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف أضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر أثره بمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما (قوله لان التضمين يستدعى المماثلة على ما عرف)

رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب أنه أطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكرر فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا) ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شئ من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيأ قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة)

(قوله الا مع رجل فيتعين الخ) أقول يعني ويتعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول لفظ في في قوله عليه السلام في نقصان للسببية (قوله ان لو قال عدلت شهادة الخ) أقول فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال فاذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض (قوله فالرجل يبقى ببقائه) أقول الضمير في قوله ببقائه راجع الى الرجل (قوله لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لانه اتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض

وعلى الرجل خمسان (قوله وان شهد الى آخره) اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها أو ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قال في باب أبي يوسف لو أثبتوا نكاحها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بالف لولا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيأ وتبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا ولا رواية وهو المذكور في الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم وانما نقلوا فيها خلاف الشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكر واوجهه بان البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بان تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتتمول والاعراض التي تتصرم ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور خلافية أخرى هي ما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيأ وكذا اذا ارتدت المرأة لا شئ عليها لزوجها وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الاتلاف الحكمي وأجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمهر مثلها) بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى

ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرء مجانا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي رحمه الله يضمنان لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر مثلها وأصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيأ عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل امرأة رجل لم يضمن القاتل شيأ من المهر عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيأ عندنا وعند الشافعي رحمه الله للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه أيضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم أيضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا (قوله وكذا اذا شهدوا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول) في

(قوله وانما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك أنها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه أصول الفقه

(قوله ووجه ذلك الخ) أقول ناظر الى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله ابانة لخطر المحل) أقول حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك المرء مجانا لا يعظم خطره عنده ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الاتلاف فلاجل هذا كان متقوما على المالك دون المتلف (قوله لانه محل خطير) أقول يعني من النفوس

وقد ذكرنا ذلك فى التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على زوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حال الدخول فى الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كالوشهدا بشراء شئ بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان (قوله وهذا لان مبنى الضمان) معناه أن الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس فى معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة الخ) شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيئا لما مر أن الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفا لانهما أتلفا هذا الجزء الذى هو فى مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فحيث لم

يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى بزوائده والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته

كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لانهما أتلفاها من غير عوض (قال وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض (وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان) لانهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض

به ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لانهما عوضا ملك البضع وهو متقوم حين ورود العقد عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت فى حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذى يحكم به على الشاهدين (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لانهما أتلفاها بلا عوض وهى من الاعيان التى تقع المماثلة بالتضمين فيها (قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر) بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به (ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان) شهدا به (باقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لانهما أتلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بان شهدا أنه باعه هذا بالف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن الملك فان قيل منافع البضع كيف تصلح عوضا عن المهر وان المرأة ليست بمال ومنافع البضع أيضا ليست بعين مال بدليل انه ثبت الحيوان دينا فى الذمة بدلا عنها قلنا منافع البضع حالة الدخول فى الملك أعطى لها حكم

(قوله معناه أن الاتلاف بغير عوض الخ) أقول أنت خبير بان ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة فان معنى كلامه انا لو ضمنا الشاهدين فى الصورة المذكورة كان اتلافا لمالهما بغير عوض وهما اتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التى هى مبنى الضمان فليتامل فانه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لان مبنى الالحاق المماثلة (قوله ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها) أقول الضمير فى قوله أتلفاها راجع الى الزيادة (قوله أو فيه خيار البائع بان شهدا الخ) أقول قوله بان شهدا ناظر الى قوله أو فيه خيار البائع فتامل قال المصنف (وان كان باقل من القيمة ضمنا الخ) أقول قال ابن الهمام هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظماهما فى شهادة واحدة بان يشهدا انه باعه هذا بالف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر (قوله اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى الكذب) أقول فيه أن حكم القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا فى أمثاله عند أبى حنيفة فلو فسخ البيع فى المدة لم ينسب ولا

فلو أوجبا البيع فى المدة لم يضمنا شيأ لانه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف (وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب اشبه به ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فذبحه شخص فى يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على

القاتل لانه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان

ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم (وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح

مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب) يعنى البيع (هو السابق) حتى استحق المشترى المبيع بزوائده وقد أزالاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه (فانضاف التلف الى الشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره فى المبسوط حاصله ينبغى أن لا ضمان عليهما لانهما انما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا فى ازالة ملكه عنه الى غيره فلا يجب الضمان والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر أنه سكت الى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف اليه الكذب لانه قد أنكر العقد فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشترى ومضت المدة ولم يفسخ وفى قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذى شهدا به ضمناه ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه فى المدة سقط الضمان عنهما لانه أتلف ماله باختياره كما لو أجازه البائع فى شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله وان شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا اذا كان فى العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك (لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكد ما على الموجب أما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها سقط المهر أصلا وأما أن على المؤكد ما على الموجب فبمسالتين هما ما اذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله فى يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ويرجع به على القاتل لانه أكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه (ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر فى النكاح) أى من باب المهر من أن بالطلاق قبل

المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير والولاية لا تثبت ازالة ملك الصغير الا بعوض يعدله ألا ترى انه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز (قوله ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع) فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فاذا لم يفعل فقد رضى بهذا البيع فينبغى أن لا يضمنا شيأ قلنا زوال الملك وان تأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشترى المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما والبائع كان منكر الاصل البيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ فى دفع الضمان عن الشاهدين (قوله ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ) وانما قال فى معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو

الى الكذب أصلا عنده بل عند الامامين أيضا اذ يجعل الفسخ مبنيا على حكم القاضى بالبيع والخيار فليتامل (قوله فلو أوجب البيع فى المدة) أقول أى فى مدة الخيار (قوله لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول يعنى أكدا المهر الذى كان على شرف السقوط قال الزيلعى وينقض هذا بمسئلتين ذكرهما فى التحرير احداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فاخذت الالف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشئ بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت فى الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيأ اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضى بهادونها فلا يسقط فبطل الانتقاض من الاصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث

ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال (وان شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمتـــه) لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان

الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شئ (ثم يجب نصف المهر ابتـــداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليـــه مالا فيجب ضمانه عليهما وانما قال في معـــنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق شئ وانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف مالو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القـــدوري والبداية وحكمه أن لا يجب ضمان لان البضـــع لا تقوّم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضـــع فلم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس ايقاعا منه فيبقى حقها ثابتا في كل المهر وفوّتاه بشهادتهمـــا فقد أتلفاه انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في انكاره الطلاق على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعوّل عليه (قوله وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمتــه لانهـــما أتلفا عليه) مالا متقوما (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لان العتق من جهتـــه) وهو وان كان منكر العتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمـــان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمـــان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعـــد رجوعهـــما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخـــلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لانهـــما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى اليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمـــان لان المكاتب لا يقبل النقـــل من ملك الى ملك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذه منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هـــذه الامة ولدت منـــه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم أمـــة وأم ولد لو جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعـــد ذلك فعتقت كان عليهـــما بقية قيمتها أمة للورثة وان هـــما نصافى

البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضـــع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يجر بين المتعاقدين اعودهما كان لهما الى ملكهما كملا فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شـــهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنـــان للزوج ما أتلفا عليـــه من وجوب نصف المهر (قوله كما مر في النـــكاح) أى في باب المهر (قوله وان شهدا على انه أعتق عبده) وقضى القاضى به ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا عليه ملكا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا أو معسرين لان هـــذا ضمـــان اتـــلاف الملك وانه لا يختلف باليسـار والاعسار ولا يمتنع وجوب الضمـــان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمـــال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما أتلفا عليه من ملك المـــال فان قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا

وجوب نصـــف المهر على الزوج ابتـــداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمـــان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النـــكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لـــكن لمـــا عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ (وان شهدا أنه أعتـــق عبده) فقضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمـــان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمـــان فكذلك الولاء لانه تابـــع له قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق وأجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لمـــا ثبت الولاء ثبت العوض فانتـــفى الضمـــان وأجيب بانه لا يصلح عوضا لانه ليس بمـــال متقوم ثم لا يختلف الضمـــان باليسار والاعسار لـــكونه ضمـــان اتـــلاف وأنه لا يختلف بذلك

(قال المصنف لانهما أتلفا مالية العبـــد عليه من غير عوض) أقول والولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمـــال متقوم بل هو كالنسب في الحديث المشهور

فلا

قال (واذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ) اذا شهدا على رجـــل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما (ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره) أى فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل أو فاشبه القاضي المكره لانه كالملجا بشهادتهـــما حتى لو لم ير الوجوب كفر ان كان اسم مفعول وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لانه ليس بملجا الى القتل وقوله (بل أولى) أى التسبيب ههنا أولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا أكثر لان المكره يمنع عن القتـــل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره فالتسبيب من الشاهد أولى (ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه أحـــد وليس له تعلق بما نحن فيه الا أن يكون ايماء الى أن المباشر للقتل وهو الولي لمـــا لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشئ هو ما يفضى اليه

(قال المصنف واذا شهدا الى قوله ضمنا الدية) أقول قال ابن الهمام والدية على عاقلة الشهود انتهى وفيه بحث لان العاقلة لا تعقل اعترافا (قوله وقيـــل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لانه ليس بملجا الى القتل الخ) أقول نعم الا أنه كالملجا من حيث ظهـــور ايثاره القصاص بالطبـــع تشفيا عـــلى ما سيعرف به ومن تامـــل كلام المصنف أعنى قوله لان الولي يعان لا يتردد في أظهرية ارادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول ثم اعلم ان صاحب القيل السغناقي والكاكي

(قال المصنف ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا) أقول أى تسبيبا يوجب القصاص اذ الكلام فيـــه

فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهـــم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل أولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجـــد وكذا تسبيبا لان التســـبيب ما يفضى اليه

شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا انه أقر أنها ولدت منه هـــذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين ممـــا ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لانه يقول الميت أخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما أتلفاه عليهم بشهادتهـــما (قوله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهـــما) وهو مذهب مالك خـــلافا لاشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد ان قالا أخطانا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما (وقال الشافعي رحمه الله يقتص لوجود القتل) منهما (تسبيبا فاشبه) الشاهد (المكره) فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل كما يقتل المكره (بل هو أولى منه لان ولي القصاص) بعد الشـــهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكره) لا يعان على القتل باكراهه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبيبا (لان التسبيب ما يفضى اليـــه) أى الى

بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبا شرعا لان القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء وشهود الكتابة عنـــد الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حالا بين المولى وبين مال العبد بشهادتهما عليه فكانا بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهما ما حالا بين المولى ومدبره لكن انتقص بالتدبير مالية العبـــد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمتـــه الا يعتق المكاتب حتى يؤدى ما عليـــه لانه قبـــل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد أداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعدما ضمنا القيمة واذا أدى عتق والولاء للذي كاتبه لان الشاهـــدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاداؤه اليهما كادائه الى المولى وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين اذ المكاتب ليس بمحل النقل من ملك الى ملك فرجوعهما غير صحيح في حقـــه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لان الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجـــع فيكون مردودا على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه (قوله فاشبه المكره) وبيان الشـــبه أن المكـــره مسبب غـــير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غـــير مباشر والمكره يقتل قصاصا فكذلك الشهود (قوله بل أولى) وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي

لا مطلق التسبيب فانه مما لا مجال لانكاره قال الامام السغناقي ذكر في الاسرار ومن مشايخنا من قال في تعليـــل المسـئلة بان الشـــهود مسببون الا انه ضـــعيف لان المذهب عنده ان المسبب والمباشر واحد ألا يرى انه يلزمه الكفارة الا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فاما الشهادة فطريق مسلوك لاخذ ما ثبت بالشهادة فكانت كالضرب بما يقصد به القتل وفي الكافي في قوله في الهداية ولنا أن القتل الى قوله يؤثر حياته ظاهر امشكل لان الامر على القلب فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحا له وبه يدرك ثاره والظاهر أن المكره لا يقدم لانه لا يباح له قتله ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف (لان السبب) أقول الالف واللام بدل من المضاف اليه والضمير في اليه راجع اليه غالبا وهو السبب الملجئ أو ما يجرى مجراه قال المصنف (ما يفضى اليه

غالبا ومانحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضى الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل أن يقول ظهور ايثار حياته اما أن يكون شرعا أو طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثانى مسلم ولكن معارض بطبع ولى المقتول فانه يؤثر التشفى بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال (ولان الفعل الاختيارى) يعنى سلمنا أن ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختيارى يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولى باختياره الصحيح فقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا أقل أن يورث

شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو أورث شبهة لا تدفع الدية أيضا لانه بدل القصاص أجاب بقوله (بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هنالك من المباشرة فعل اختيارى يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد فى مقابلة الصحيح فى حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فلولى المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمى فى حكم الضمان كالحقيقى فان ضمن الولى لم يرجع على الشاهدين بشئ لانه ضمن بفعل باشره

غالبا وههنا لا يفضى لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى

ما تسبب فيه (غالبا) والشهادة لا تفضى الى قتل الولى على وجه الغلبة وان أفضت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم تقف الناس فى الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالبا اليه بل قد وقد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفى ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ولا شك أن هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضى كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكره) يعنى يخالف الولى المكره (لان) الغالب أن (الانسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكره باكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضى للقتل بسبب الايثار الطبيعى ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضى غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختيارى) ذى الاختيار الصحيح أعنى قتل الولى المعترض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) الى الشاهد كما عرف فيمن فك انسان قيده فابق باختياره وأمثاله كمن دفع انسانا فى بئر حفرها غيره تعديا فانه بدفعه الاختيارى انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختيارى عن الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجازة بيعه ولا اجارته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كالآلة للمكره فقتل بهاذلك القتيل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة فى ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات (بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبه المكره بكسر الراء وقوله

يعان على استيفاء القصاص والمكره يمنع عنه شرعا وعادة نعنى يمتنع المكره من المباشرة فلا يفضى الى القتل غالبا فاذا قتل المكره وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو فى التسبيب فوق المكره أولى (قوله لان العفو مندوب) قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تعفوا أقرب للتقوى وعن النبى عليه السلام من كظم غيظا وهو يقدر على انفاذه ملأ الله قلبه امنا وايمانا وروى نادى مناد يوم القيامة أين الذين كان أجورهم على الله فلا يقوم الا من عفا (قوله ولان الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة) أى القتل الصادر من الولى باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل متصورا على الولى فلم يكن الشاهد قاتلا لان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كمن حل قيد عبد انسان فابق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكره فان له اختيارا فاسدا والمكره اختيار صحيح والفاسد فى مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره فلذلك انتقل فعل المكره الى المكره (قوله بخلاف المال) أى الدية

أقول منقوض بحافر البئر والجواب أن المراد سبب القتل الذى يوجب القصاص ما يفضى الى القتل غالبا فليتامل وان شئت التفصيل فراجع الى الكشف شرح البزدوى فى مباحث السبب (قوله ولقائل أن يقول الى قوله بالقصاص ظاهرا) أقول بين الظهورين فرق ظاهر فان ايثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار بخلاف ايثار التشفى فانه ليس بتلك المثابة اذ يمنع عنه كثيرا ايثار العفو ابتغاء الثواب مع انه مطبوع على حب الثناء فى العاجل واظهار السماحة والكرم أيضا وذلك يدعو الى العفو فليتامل (قوله ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الخ) أقول أى ولكون هذا السؤال متوجها تنزل المصنف (قوله يعنى سلمنا أن ثمة الخ) أقول اذا كان كلام المصنف سنعا يكون اعتراض الشارح خارجا عن الآداب

المختلف قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضى

والمكره يمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبى الليث وفى شرح الجامع الكبير للعتابى اذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضى بذلك وأخذ الولى الدية فى الخطا وقتل القاتل فى العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة فى الخطا ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولى لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين أن الولى أخذ مالهم وفى العمد لا يجب القصاص على الولى ولا على الشهود لان القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولى الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند أبى حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان أداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك فى المضمون لعدم قبوله فيثبت فى بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات فى يده وضمن المالك الاول يرجع على الثانى بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لان الشهادة) التى (فى مجلس القضاء) وهى التى بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا) ولم يذكر المصنف خلافا وفى شرح القدورى لابى نصر البغدادى قال هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبى حنيفة انتهى وذكر أبو المعين فى شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولى ثم جاء المشهود بقتله حيا لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الاصلين أشهداهما غير أن الولى يرد على العاقلة ما أخذ منها ولو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلانهما لو رجعا بان قالا أشهدناهما بباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما للفرعين كانا فى غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع فى غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا فاما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعنى قال محمد فى انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر ترددا فى أنه قاله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف خاصة أو قاله اتفاقا وأما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف فى وجهه (لانهم أنكروا) أى شهود الاصل (السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل) الصدق والكذب (فصار كرجوع الشاهد) يعنى بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) اذا نكروا الاشهاد (قبل القضاء) لا يقضى بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم (فان قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الاصول) هكذا

(قوله لانهم أنكروا السبب) أى سبب اتلاف مال المدعى عليه وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم أنكروا التحميل ولا بد منه (قوله لان القضاء وقع بشهادة الفروع) من الوجه الذى ذكرا أى أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله اشارة الى قولهما ان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهو شهادة الفروع وبشهادة الاصول من الوجه الذى ذكر أى محمد رحمه الله من قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول

لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولى فى قول أبى حنيفة خلافا لهما قالا كانا عاملين للولى فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف فى المختلف تصنيف الفقيه أبى الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لان الشهادة فى مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم أنكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثانى فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ضمنوا (لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة فى غير مجلس القضاء وهى ليست بحجة حتى تكون سببا للاتلاف (وله أن

الفرعين قاما مقام الاصلين فى نقل شهادتهما الى مجلس القاضى) والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا

بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفى ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان)

قضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لاغير) لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا و بشهادة الاصول من الوجه الذى ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمين (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت الى ذلك) لان أما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم مار جعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا)

أطلق القدورى وحكم المصنف بان الضمان قول محمد أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الاصول لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بانفسهما وأديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر أن تكون شهادتهما ليست فى المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع و بالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما البرتغع فانه لو كان كذلك لعمل منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما أن يؤديا لو منعاهما بعد التحميل ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضى به بشهادتهم وهذا لان القاضى انما يقضى بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت أن القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره (قوله ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع) والضمان انما يكون برجوع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا) وهو قولهما ان القضاء بما عاين القاضى من الحجة وانما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذى ذكر) أى محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهى شهادة الاصول وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احداهما اشهاد والاخرى أداء للشهادة فى مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين فى التضمين بل أثبت له الخيار فى تضمين اى الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما أدى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لان كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع فى حق المشهود عليه سبب الضمان أما الفروع فبالنقل وأما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وان رجع المزكون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدورى وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما

(قوله والجهتان متغايرتان) لان شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع بينهم فى التضمين أى لا يقال ان كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمنفرد وللمشهود عليه الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب فان للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء (قوله وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود

على الفروع لاغير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه مخير) بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك (لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (و بشهادة الاصول من الوجه الذى ذكره محمد) والعمل بهما أولى من اهمال أحدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لان شهادة الاصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل فى حكم شهادة واحدة فلم يبق الا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد فى المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت الى قولهم) ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم مار جعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيا قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ) اذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر

(قوله والجهتان متغايرتان) أقول المراد بالجهتين هو ماذكره المصنف من وجهى محمد والامامين وهذا

الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية فى بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثنى على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال

وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتى السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضى يقضى

لا يضمنون لان القضاء الذى به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابى حنيفة رحمه الله أن التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة فى القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض أى عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر فى الحد رجما كان أو جلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره فى المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار فان ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم فى الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار وأما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس فى ذلك وليس اخبارهم القاضى بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الدية فى بيت المال فى الوجهين لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما أثنوا على الشهود خيرا وأبو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب أعنى الشهادة موجبا بالتزكية الى آخر يعنى ماذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أى شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز

لاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة كالرمى فانه سبب لمضى السهم فى الهواء وذا سبب الوصول الى المرمى وذا سبب الجرح وذا سبب ترادف الالام وذا سبب الموت ثم الموت أضيف الى الرمى الذى هو العلة الاولى حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبا وأما الشهادة فلا توجب شيا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة فى المزكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان فى معنى العلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى أن يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف عمله على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم أحصن لا يرجم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فثبت انه علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذ الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) يعنى شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت

السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقى فان الضمان عليه دون الحافر (قوله ألا ترى) توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضى يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها

للشهادة اذ القاضى لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ماهو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة فى اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هى سبب اضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال (واذا شهد شاهدان باليمين الخ) اذا شهدا على رجل أنه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولهما ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رحمه الله فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لامحالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان

(قوله فان ثبتوا على التزكية الخ) أقول سبق هذا البحث فى باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لامرأته الخ) أقول ههنا نوع مسامحة اذ يدل على أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت حرة والمراد واضح (قوله كحافر البئر مع الملقى فان الضمان الخ) أقول لانه سبب قريب والعلة الثقل فاذا ضمن مثبت السبب القريب فيما اذا اجتمع السببان لقربه فلان يضمن مباشر العلة دونه مباشر السبب أولى

وان لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الائمة السرخسى الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتا باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدى أولا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هنالك ثقل الماشى وليس ذلك من مباشرة الاتلاف فى شئ فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها فى صدر البحث والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الوكالة)

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أى مفوض اليه وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم وهى عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روى أنه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد أجمعت على جوازها من

اعقب

بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

(كتاب الوكالة)

بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فانه العلة فى الوقوع وهو الذى سماه المصنف السبب وذلك انما أثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع شرعا علة لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لان العلة انما هى الثقل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون اتلافا ثم مقتضى ما فى وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم باثباتهم ما يثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع معهم شهود اليمين وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ قال العتابى قال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا فى التلف بغير حق لان له أثرا فى وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر فى منع وجود العلة لان الدخول فى نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اتيانه فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا المعنى ما ذكرنا من كلام العتابى ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا أولا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هنالك ثقل الماشى وذلك ليس من مباشرة الاتلاف فى شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا أقر بالتعليق فشهدا بوجود الشرط وأما لو شهدا ثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغى أن يختلف فى عدم الضمان عليهم والله أعلم

(كتاب الوكالة)

حر اوقال لامرأته وهى غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق (قوله ولو رجع شهود الشرط وحدهم) اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات والى هذا مال شمس الأئمة السرخسى والى الاول فخر الاسلام البزدوى ولو شهدا بالتفويض وآخران بانها طلقت أو اعتقت فالتفويض كالشرط

(كتاب الوكالة)

(قوله وان لم يشهد بالدخول) أقول فيه تامل *(كتاب الوكالة) (قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول ولان الشهادة من التعاضد المامور به دون الوكالة فانها كما سيجئ آنفا عقد جائز فاستحقت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا) أقول كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا (قوله وهى عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم الآية) أقول فان قيل لم لا يجوز أن يكون رسالة قلنا الرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له فى التصرف والمبعوث الى المدينة كان مامورا بشراء الطعام

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعى معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفهامنك أو عجزا عنه والوكالة أبدا اما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف وفسر قول لبيد

وكأنى ملجم سوذانقا * أجدليا كره غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا أى مفوضا اليه الامر ومنه وكل أمره الى فلان ومن هذا قول الحطيئة

فلأيا قصرت الطرف عنهم بحرة * أمون اذا واكلتها لا تواكل

يعنى اذا فوضت أمرها اليها لا توكل نفسها الى أن أحثها على السير بل تستمر على جدها فى السير ولا تضعف فيه أو توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله أوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فادغمت فى تاء الافتعال وأما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول أى موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا تم أمر الموكل فاذا رضى سبحانه وتعالى أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك وفضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا اله غيره وأما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه فى تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفى المبسوط قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالى أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقال الامام المحبوبى اذا قال لغيره أنت وكيلى فى كل شئ كان وكيلا بالحفظ وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها كما سيظهر فى كلام المصنف وأما ركنها فالالفاظ الخاصة التى بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا أو دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله وروى بشر عن أبى يوسف أنه اذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقنى أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتى لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا وقال الفقيه أبو الليث الجواب فى الوكالة كذلك أما فى الاذن يجب أن يكون مأذونا فى قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير مأذونا وهذا فوق السكوت ذكره فى الذخيرة ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك فى حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبى أنت وكيلى فى كل شئ يكون بالحفظ قالوا فلو زاد فقال أنت وكيلى فى كل شئ جائز صنعك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا فى البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبى حنيفة فى المعاوضات فقط ولا يلى العتق والتبرع وفى فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك فى جميع أمورى ولو قال فوضت أمر مالى اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت أمرى اليك الصحيح انه مثله وفى المبسوط اذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاض ولا بيع ولا شراء وفوضت لك أمر مستغلاتى وكان أجرها ملك تقاضى الاجرة وقبضها وهذا أمر دونى ملك التقاضى وأمر دوابى ملك الحفظ والرعى والتعليف وأمر مماليكى ملك الحفظ والنفقة وفوضت اليك أمر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لان المنظور اليه المعانى وكلتك فى كل أمورى وأقمتك مقام نفسى ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك فى جميع الامور التى

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فكأنه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أى مفوض اليه والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغة ومنه وكله بالبيع فتوكل به أى قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ

قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة

يجوز التوكيل فيها فتوكيل عام يتناول البياعات والانكحة وأما شرطها فما سيأتي عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام وأما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتي ان شاء الله تعالى ولكون شرعيتها غير لازمة رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة وقيل هذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول أبي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وأما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فان أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لا حد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد با بطال الطرد لا العكس ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به بتوكيل الذمي فصدق الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته

والوكالة الحفظ فذلك مسبب عن الاعتماد والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل به لان الموكل وكل اليه القيام بامره أي فوضه اليه واعتمد فيه عليه وقيل التوكيل في الشرع عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة أخبر الله تعالى عن أهل الكهف أنهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الامم الماضية بلا انكار يكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم ابن حزام بشراء اضحيته واجماع الامة والمعقول فقد يعجز الانسان عن حفظ وطنه عند خروجه الى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته أو لكثرة اشغاله أو لكثرة ماله فيحتاج الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لانحصرت فيها قلنا حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك (قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره) ولا ترد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر وبيعها لان ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد نقضا لانه لم يقل كل عقد لم يجز له ان يعقده بنفسه لا يجوز ان يوكل به غيره فان قيل يرد في طرده نقض وهو ان الذي يملك بيع الخمر بنفسه لا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها قلنا الذمي يملك بيع الخمر نفسه ويملك توكيل غيره ببيعها أيضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا تكون هي مانعة لعبارة التصرف بلفظ الكل حتى ان قائلا لو قال كل من

لئن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها اللفظ وكلت وأشباهه وروي بشر عن أبي يوسف اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج الى التوكيل

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول مخالف لما سيجيء من قوله ان العكس غير لازم وغير مقصود (قوله فقد يتفق) أقول أي العقد

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم

استبداد الابناء على اذن غيره (قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله عليه وسلم دفع له دينارا ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار وأضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعا له أن يبارك له في تجارته ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم الا أن هذا داخل في الارسال عندنا فيصدق قول المصنف صح اذا كان حبيب اماما ثقة وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشتري أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي لبيد واسمه لمازة بن زياد عن عروة فذكره والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت أنه قال حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليها يخطبها فارسلت اليه اني امرأة مصبية واني غيري وانه ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما كونك غيرى فسأدعو الله فتذهب غيرتك وأما كونك مصبية فان الله سيكفيك صبيانك وأما ان أحدا من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب الا سيرضى بي فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياها ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن أبي سلمة سعيد سماه غير حماد بن سلمة ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان اذ ذاك يعني حين تزوجها عليه السلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وان كان الكلاباذي وغيره قاله فان عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فاخبرته أمه أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله اني لاتقاكم لله وأخشاكم له وظاهر هذا أنه كان كبيرا ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكيلا عن أمه لانها هي القائلة له قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة الى ابنها عمر بن أبي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا أنهم يضعفون الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر والى

تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها الا يرد عليه الحائضة والمحرمة لانا نقول هناك جائز أيضا الا ان المنع من الوطء جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ولا نقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بتملك المشتري لان المشتري ملك الغير وانما يصح لانه امر بايجاب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في الاستقراض لان البدل في باب القرض انما يجب دينا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر أولا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم

وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام و بالتزويج عمر بن أم سلمة) بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة أما الاول فلان الانسان جازله أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز والذمى اذا وكل مسلما فى الخمر لم يجز وجاز أن يعقد الذمى بنفسه فيها وأما الثانى فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف فى ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لادافع وبان التوكيل بالشراء جائز وماذكرتم موجود فيه والجواب أنه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة فى الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمى جازله توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا فى ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثانى بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان

حكمة الحكم وهى تراعى فى الجنس لا فى الافراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام (٥٥٦)

وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز

(قوله جازله أن يستقرض الخ) أقول والاستقراض من العقود (قوله والتوكيل به باطل) أقول كما صرح به فى الهداية قبيل باب الوكالة فى البيع والشراء (قوله وليس بموجود) أقول يعنى شرعا (قوله لأن الدراهم الى قوله فى ملك الغير باطل) أقول منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجىء ما ذكره الشارح فى معرض الجواب (قوله والجواب الخ) أقول يعنى عن الرد

وكل بالشراء حكيم بن حزام و بالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله عنهما

الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لان الصبى لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه هو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن أبى سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق فى كتاب الوصايا حدثنى وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول أردت الخروج الى خيبر فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت انى أريد الخروج الى خيبر فقال اذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عند نا من الثقات وأما لى توكيل على رضى الله تعالى عنه عقيلا فاخرجه البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال كان على يكره الخصومة فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب فلما كبر عقيل وكلنى وأخرج أيضا عن على ابن أبى طالب رضى الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف رحمه الله ان الانسان قد يعجز

المثل فى ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير ولهذا لو أخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلنى اليك فلان يستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للمرسل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو ملكه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العبد ترجع اليه فلا يمكننا تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة لان الوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه فى ملك غيره فلهذا لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جازان يوكل به غيره اراد به فيما يملكه فلا يرد عليه الاستقراض نقضا (قوله وكل بالشراء حكيم بن حزام) أى بشراء الاضحية (قوله وبالتزويج عمر بن أم سلمة

قال (قوله وان محل عقد الوكالة الخ) أقول سيجىء تحقيقه من الشارح فى الدرس الثانى من فصل البيع

(قوله وفى الاستقراض) أقول فيه تامل (قوله لا يقال الى قوله لان ذلك الخ) أقول قوله لان ذلك جواب لقوله لا يقال الخ والضمير فى قوله فيه راجع الى الاستقراض والضمير فى بدلها راجع الى الدراهم فى قوله وفى الاستقراض للدراهم المستقرضة (قوله والذمى جازله توكيل الخ) أقول وهذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا والحق فى الجواب أن يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض والذمى عليه أن يوكل غيره وهو ذمى مثله فتامل ثم أقول بقى فيه بحث آخر اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعرى ما معنى جوازه (قوله وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم الخ) أقول فى التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر فى كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل فى الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى وأنت خبير بان اضافة الحكم الى الوصف هنا غير واضح فتامل (قوله و يجوز أن يقال ذكر الخاص الخ) أقول ههنا كلام الا أن يقال قد للتحقيق كذا قيل وفيه بحث لان التعليل ليس بالنسبة الى أحوال التوكيل بل بالاضافة الى أحوال الانسان (قوله فلانه جاز أن يباشر بنفسه الخ) أقول الاظهر أن يقال فللعاجة أيضا اذ هى المناط كما لا يخفى

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق الخ) الوكالة جائزة فى جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا فى الخصومة لكونه ذكيا حاضرا الجواب وبعد ما أسن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بايفائها واستيفائها فلانه (٥٥٧) جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها فى غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله (وشبهة العفو) دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات وهى موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعى قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعى يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعنى يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة فى حقه الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما فى

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضى الله عنه وكل عقيلا و بعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه (وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعى بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع و بخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا

الى آخره بيان حكمة شرعية الوكالة (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات التى بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فى النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفى مطلق اذ الايفاء ليس الا بتسليم ظهره أو نفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الامر الامن الجانى وليس هو الوكيل فكان ذلك قيدا فى الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لانها أى الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعى قال تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والقصاص فانه يستوفى ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قرينة فى الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف الا ما وقع عند على رضى الله تعالى عنه والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها حكم (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا فى القصاص وأما

وكل بتزويج أمه أم سلمة من النبى عليه السلام (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) أى فى جميعها وفى الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صح ان عليا رضى الله عنه وكل عقيلا وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقره لكبر سنه أو لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار و كان شابا ذكيا وكذا بايفائها أى بادائها واستيفائها أى قبضها الا فى الحدود كحد القذف والسرقة والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولهذا لا يستوفى بكتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل وقال الشافعى رحمه الله يستوفى القصاص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة والعقوبة تسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيل لا يشعر به بل هو الظاهر لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له (قوله بخلاف غيبة الشاهد) أى يستوفى الحدود والقصاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة فى حقه الرجوع والظاهر فى حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصا فى حق العدول بخلاف حال الحضرة أى حضرة الموكل أى يجوز للوكيل ان يستوفى القصاص حال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهى شبهة العفو (قوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء) هذا جواب لان يقال لما حضر

العدول و بخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة أى شبهة العفو فانه فى حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى

(قوله لان الحدود تندرئ بالشبهات) أقول وكذا القصاص كما مر و يصرح به الآن فلا وجه لتخصيص الدليل الاول بالحدود (قوله لان الحدود لا يعفى عنها) أقول غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لان الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه و يقطع (قال المصنف ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول فيه شىء لكن المراد الانسداد بالنسبة الى الذى لا يحسنه كما صرح به

التوكيل بالاستيفاء اذهو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعنى لقلة هدايته أولان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقى اثبات الحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة

فى سائر الحقوق فقال (هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا) أما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابى يوسف أن التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها فى الشرط لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه

وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبى حنيفة وقيل مع أبى يوسف رحمهم الله وقيل هذا الاختلاف فى غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب (كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء) ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص

الحدود فان الذى يلى استيفاءها الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى أن تعليل المصنف لنفى حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم فى القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفناه فى الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه أن يضم ما يجرى فيه من امكان ظهور شبهة أو غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء (قوله وهذا الذى ذكرناه) أى من جواز التوكيل باثبات الحدود أى من جهة المقذوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب (قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها) وقول محمد مضطرب تارة يضم الى أبى يوسف وتارة الى أبى حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل فى المبسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابى يوسف أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها فى هذا الباب) أى باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضى الى القاضى ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لان وجوبه) انما (يضاف الى) نفس (الجناية) لا الى الخصومة (والظهور) أى ظهور الجناية انما يضاف (الى) نفس (الشهادة) لا الى السعى فى اثباتها فكان السعى فى ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق أى باقيها أى فتجوز الوكالة بهذا الحق كما فى سائر الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما فى صحاح الجوهرى ثم تخطئته بانه انما هو بمعنى الباقى لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعى فى اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه ساع الى آخره وذلك يخل بالاجماع قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع أطلق فى اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتمالك فيه بل اذا عجز ترك لانه علة الدرء لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ماعزا حين هرب لما أذلقته الحجارة هلا تركتموه أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف

الموكل لم يحتج الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان فى التوكيل شبهة البدلية واستيفاء القصاص مما

(قوله عند حضوره استحسانا) أقول والقياس أن لا يجوز للبدلية (قوله وهذا الذى ذكرناه يعنى جواز التوكيل) أقول لا يخفى عليك أن المشار اليه كلام هو جواز التوكيل فى الحقوق كلها لانه هو المذكور صريحا وهو اللائق لان فعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة وأما عند أبى يوسف لا يجوز التوكيل فى بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف وما فى الشرح تبعا للاتقانى تكلف ظاهر فليتأمل (قوله واستثنى ايفاء الحدود والقصاص) أقول الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما ولا يتوهم جواز التوكيل بايفائهما حتى يحتاج الى الاستثناء (قوله بقى الحدود والقصاص الخ) أقول الاظهر أن يقال بقى الخصومة فى الحدود والقصاص

يتعلق به الوجود بخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام أبى حنيفة فيه أظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة

لا تمنع الدفع ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال فى العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو أقر فى مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما فى الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به قال (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم) اختلف الفقهاء فى جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعى أو المدعى عليه الا بالمرض أو السفر (وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعى رحمه الله) قال المصنف (ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم) ومعناه أنه اذا وكل من غير رضاه وهل يرتد برده أو لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد

وكلام أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعى رحمه الله ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم

(و) لا شك أن (كلام أبى حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة باثباتها (لان الشبهة) التى بها منع أبو يوسف هنالك (لا تمنع الدفع) بل تقتضى أن يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجوز للوكيل الاقرار على موكله كما هو قول أبى حنيفة فخلافه هنا عجيب والله تعالى أعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه فى غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فنعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع العام فى الدرء بالشبهات وفى اعترافه شبهة عدم الامر به (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة) من قبل المدعى او المدعى عليه (الا برضا الخصم) الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (وقالا يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم وهو قول الشافعى رحمه الله) قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم) قالوا فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل الخ لا يلزم الا برضا الآخر وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوى وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم تزد على ما علموه من نحو قول القدورى المسطور هنا وهو ولا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه وانما فسروه بذلك وسبق المصنف شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم أن يطالب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب ونحوه وهذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد بما ذكروه وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضى لا يكون رضاه كافيا فى توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التى ساقها علموا أن المراد بلا تجوز الا

لا يجرى فيه الابدال فاجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا (قوله وهذا الذى ذكرنا قول أبى حنيفة رحمه الله اشارة الى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة فى سائر الحقوق أى فى جميعها وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة فى حد القذف والسرقة والقصاص ثم قال الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس بقى التوكيل بالخصومة داخلا فى صدر الكلام وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا وقول محمد رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله وهو الاظهر وقيل مع أبى يوسف رحمه الله وقيل هذا الاختلاف فى غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره (قوله لان الشبهة لا تمنع الدفع) لان دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل اذا أقر فى مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفى القياس يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل ألا ترى ان فى سائر الحقوق جعل اقراره كاقرار الموكل فكذلك فى القصاص وفى الاستحسان نقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص لا يستوفى بحجة قائم مقام غيرها توضيحه انا جعلنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما فى الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندرئ بالشبهات دون ما ثبت مع الشبهات (قوله مريضا) المراد نفس المرض وقيل ان تكلف الحضور بالركوب على الدابة وغيرها يزداد مرضه (قوله لا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم) هل ترتد

الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك فى أصول الفقه سلمناه

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز الخ) أقول الظاهر انه حمل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لا يقبل المنع

لكن ذلك ليس بمجاز والحق أن قوله لايجوز التوكيل بالخصومة الابرضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضى به الخصم
صح والافلا حاجة الى قوله ولاخلاف فى الجواز والى التوجيه بجعله مجازا (لهما ان التوكيل تصرف فى خالص حقه) لانه وكله بالجواب
والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لامحالة والتصرف فى خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضى أى بقبض الديون
ولهما ولابى حنيفة رحمه الله أنا لانسلم أنه تصرف فى خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره فى مجلس القاضى والمستحق
للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان فى خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك

لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون فى الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق

برضاه أنها لاتمضى على الآخر وتلزم عليه الا أن يرضى ومعنى هذا ليس الا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور ومن العبارات التى نقلها ماعن أبى حنيفة لاأقبل وكالة من حاضر صحيح الا أن يرضى خصمه وهى قريبة من التفسير المذكور والحاصل أنه يجب التعويل على ماذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضى الآخر لا يحتاج فى سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة (لهما ان التوكيل) بالخصومة (تصرف فى خالص حقه) لان الخصومة حقه الذى لا يصدعنه فاستنابته فيه تصرف فى خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضى الديون وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شئ ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما ذكرتم انه تصرف فى خالص حقه لكن تصرف الانسان فى خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بغيره (و) لاشك أن (الناس يتفاوتون فى الخصومة) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فاقضى له فمن قضيت له بحق أخيه فانما هى قطعة من نار ومعلوم أن الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما أفاده الحديث المذكور وفى هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين) فانه تصرف فى خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها وكمن استأجر دابة ليركبها اجارته اياها تصرف فى حقه ومملوكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذ كان الناس يختلفون فى الركوب بخلاف ماقاس عليه من التوكيل بتقاضى الدين فانه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضى ماعليه وللتقاضى حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها أشد من شدة التقاضى وعدم المساهلة فى القبض لتضمنها التحيل على اثبات ماليس بثابت أودفع ماهو ثابت فلا يقبل بغير رضاه اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه وتوكيل على رضى الله عنه وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذى نختاره أن القاضى اذا علم من المدعى التعنت فى

الوكالة برد الخصم أم لا عنده ترتد ولا يلزم للخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وعندهما لاترتد برده ويلزم الحضور والجواب بخصومته والمتأخرون اختاروا والفتوى ان القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى اباء الوكيل لايمكنه من ضيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه فى التوكيل لايقبل منه الا برضا صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله (قوله لهما ان التوكيل تصرف فى خالص حقه) وهذا لانه وكله بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل فيصح بلا

لان الناس متفاوتون فى الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين فانها تتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا فى خالص حقه لما كان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التنزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذى يمنع عنه

(قوله ليس بمجاز) أقول بل كناية كما صرح به فى المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بان العمدة فى الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ولا تعويل على ماذكره السكاكى كيف وقد اعترف هو أيضا بان ماذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه (قوله فى قوة قولنا التوكيل الخ) أقول فيه نظر فانا لانسلم أنه فى قوة ماذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به والحاصل أن نفى الجواز أخص بناء على أن نقيض الاعم أخص من نقيض الاخص من نفى اللزوم والمقصود بالافادة هنا هو الثانى لا الاول اذ لاخلاف فيه (قوله والافلا) أقول هذا مناف لغرضه (قوله لانه وكله الخ) أقول أنت خبير بقصور الدليل عن افادة المدعى فانه كان غاية التوكيل المدعى أيضا ر قوله والمستحق للغير) أقول يعنى المستحق للمدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول الظاهر أن يقال حقهما الا أنه راعى عبارة الدليل فافهم والضمير فى قوله حقه راجع الى الموكل عليهما

عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازى رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لايمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال

اباؤه التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضا الآخر فيتضاءل وقع الضرر من الجانبين ثم ذكر فى حد المرض ان لم يستطع المشى ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح ان له أن يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزمه به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر (عند ارادة السفر) غير أن القاضى لا يصدقه فى دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا أراد فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر فى فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازى) وهو الامام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن على الرازى (يلزم التوكيل) منها (لانها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) أو يضيع حقها قال المصنف رحمه الله (وهذا شئ استحسنه المتأخرون) يعنى اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن أبى حنيفة لافرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاره من ذلك وحينئذ فتخصيص الرازى ثم تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك واتبعوه ثم ذكر فى النهاية فى تفسير المخدرة عن البزدوى أنها التى لا يراها غير المحارم من الرجال أما التى جليت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ماذكره المصنف من قوله وهى التى لم تجر عادتها بالبروز فاما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تفعله بها والدتها ثم لم يعهد لها بروز ومخالطة فى قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها (يلزم توكيلها) لان فى الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا شئ استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها وفى أدب القاضى للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهى التى لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضى مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هنالك وان لم يكن بعث أمينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما أو انكاره مع اليمين لينقلاه الى القاضى ولابد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليهما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضى باقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الامين عليه فان أبى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته فاذا شهدا بنكوله حكم القاضى عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسى هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول فاما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان الى القاضى مع وكيلهما فيمضيه القاضى وقال بعضهم يقول القاضى للمدعى أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضى بعث أمينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضى بحكمه وحكم فان كان مما الاختلاف فيه نفذ وان كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضى والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا أمضاه نفذ على الكل وفى الذخيرة من الاعذار التى توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبى حنيفة رحمه الله حيض المرأة اذا كان القاضى يقضى فى المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه أو مطلوبة ان أخرها الطالب الى أن يخرج القاضى من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان فى حبس هذا القاضى لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضى يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان فى حبس

رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضى (قوله ولو كانت المرأة مخدرة) وهى التى لم تخالط

مطلقا وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر فى صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما فى فسخ الاجارة ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهى من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال أبو بكر الرازى يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شئ استحسنه المتأخرون) وأما فى الاصل فانه لافرق عند أبى حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب فى عدم جواز الوكالة الا بالعذر من المذكورين وعندهما كذلك فى جوازها

وهذا شئ استحسنه المتأخرون قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الاحكام) فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به وأجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون بالغا عاقلا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها رحمه الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع وأورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا بعبد أو اشترلي به عبدا صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي هذا بعبد أو اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها انما تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بأمر لازم بخلاف المباشرة للزومها اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى أن قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى

الرجال بكرا كانت أو ثيبا قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل وفي فتاوى قاضيخان وعامة المشايخ أخذوا بما ذكر أبو بكر الرازي وعليه الفتوى (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه و يقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شئ كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء

وقال ابن أبي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف (قوله وتلزمه الاحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون و يكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا الزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف و يلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت

(قوله قال صاحب النهاية ان هذا القيد الخ) أقول في الكافي اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه و يقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شئ كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع لعارض النهي انتهى فعلى هذا لو جعل اللام للعهد يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضا فليتامل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول سبقه الى هذا الكلام الاتقاني (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول ينبغي أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذي يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره (قوله احترازا عن الصبي) أقول يعني المحجور (قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك لتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك لكن ظاهر أن المراد أيضا جنس التصرف المخصوص فلذلك قال فان الانسب الخ ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول أي التصرف الموكل به (قوله وجنس الاحكام) أقول أي جنس احكام جنس التصرف (قوله فالاول) أقول يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لانه لم يلزمه الاحكام) أقول حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثاني) أقول يعني قوله وجنس الاحكام (قوله احترازا عن الصبي الخ) أقول يعني الصبي المحجور ولعل مراده انه يكون للاحتراز عنهم الا يقال الصبي قد يلزمه الاحكام كما اذا باع أو اشترى أبوه له لان المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول يؤيده

لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلابد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره (و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد و يقصده) لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا

الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلابد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكر وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح وأورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك تمليكه والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة (قوله و يشترط الى آخره) ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد و يقصده أي يعقل معناه أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما و يقصده لفائدته (١) وقول بعضهم

الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا لاصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي و تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فان كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور و يشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله و يقصده) أي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلابد ان يكون من أهل العبارة وأهلية العبارة تكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى وكل محدث يكون

(غلط فان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو وجوا تراه (قوله لان الوكيل) دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم و ينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شئ بأمرين على البدل والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف و يملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ما باشره الوكيل لا لاهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه أولا لعارض عرض في بعض ذلك لانه بناها على التوسع و يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب و يعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون و يقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلابد أن يكون من أهل العبارة وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه

تخصيص المعطوف عليه باقامة الدليل (قوله قوله لان الوكيل دليل الخ) أقول صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف فقوله لان الوكيل اشارة الى دليل الصغرى وقوله فلابد الخ الى الكبرى (قوله ما شرطت به) أقول يعني ما شرطت الوكالة به (قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول كيف يقال هذا اذا وكل ذميا ببيع هذا الخمر فانه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه (قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول فيه بحث لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه فما أسرع ما نسي ما قدمت يداه (قوله و يقصده الخ) أقول فيه تامل والظاهر أن قوله و يقصده عطف تفسيري على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر و يؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه وأيضا عدم كونه هازلا في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لانه يقوم مقام الموكل الخ) أقول هذا تعليل لقوله و يشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول يعني التعليل أشار به الى قوله لانه يقوم الخ (قوله يشير) أقول حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في الكافي ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على ان قال أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن ما زاد الى قوله مما لا يطلع) أقول ومعرفة مبتدأ وقوله مما لا يطلع خبره (قوله مما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول مسلم فانا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال علم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام التمكن

(١) قول الكمال وقول بعضهم الخ مبتدأ خبره أي ارتباط الخ أي يقال لذلك لبعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الاصل

(واذا وكل الحر البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلان الصبي من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزما في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبي المأذون اذا

وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه

(واذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لان الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل في البيع والشراء أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هزل في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته به الا اذا كان يعقل ذلك وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل أحد ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا (قوله وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكر المصنف (من أن الصبي) أي العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه باذن وليه والعبد) من أهل التصرف في (حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا) من الموكل (في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا ترجع

موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالعقل والتمييز (قوله ولا يتعلق بهما الحقوق) كالقاضي وامينه ثم الصبي اذا بلغ لا يلزمه تلك العهدة والعبد اذا أعتق يلزمه تلك العهدة لان المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي حق الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ (قوله والعبد من أهل التصرف على نفسه) ولهذا

من الشئ مقام ذلك الشئ كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الاعمى في هذا الكتاب وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتامل (قال المصنف واذا وكل الحر البائع أو العبد المأذون له مثلهما جاز) أقول قال صدر الشريعة ولو قال كل منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البائع مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البائع والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذنه الولي والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو المأذون البالغ) أقول لعل قيد البالغ هنا وقع سهوا (قوله ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ) أقول ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الاسلام المسلم فان النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه (قوله لان الموكل مالك التصرف الخ) أقول لان الموكل تعليل لقوله جاز ولكن يبقى ههنا بحث فانه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به بجر بانه فيه بعينه الا أن يعتبر فيه عدم المانع في الكبرى أو يقال المراد بالمالكية التصرف هو المالكية استقلالا من غير استفادة من غير وفيه شئ لخروج توكيل الوكيل المأذون به والظاهر أن الشمول له مقصود أيضا (قال المصنف والعبد من أهل التصرف) أقول كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول والعبد أيضا من أهل العبارة الا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهرا من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لا يقدر على شئ فليتامل

وعن

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب

اليه وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيا مأذونا أو عبدا مأذونا تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا فان وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي ذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهذا لا يفيد الملك للضامن انما التزم مالا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة وأما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشترى فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط ان كان المأذون مرتدا جاز بيعه لانه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فان أسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهد عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه (قوله والعقد)

لو أقر بالمال لزمه بعد الحرية وصح اقراره بالقصاص والحدود (قوله ثم علم أنه صبي أو مجنون) قيل المراد بالمجنون الذي يعقل البيع والشراء حتى تصح الانابة ويكون بمنزلة الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله مجنون وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور جاز له الفسخ فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكلاء أي جنس العقد

ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك والجواب في العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل (وعن أبي يوسف أن المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد) وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق (له خيار الفسخ) لانه ما رضي بالعقد الا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به

هذا ما انتهى اليه كلام الامام الكمال بن الهمام رحمه الله ويليه تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ تغمدهم الله برحمته آمين



(فهرست الجزء السادس من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى)

(تمت)